

Traité



أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي
حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق وأما الإجماع فإنه لم ينقل خلاف في ذلك
واختلف الفقهاء هل من شروط وجوبها الإسلام أم لا وهي مسألة
قليلة الغناء في الفقه لأنها راجعة إلى الحكم الأخراوي وأما متى
تجب فإذا دخل وقت الصلاة أو أراد الإنسان الفعل الذي الوضوء شرط
فيه وإن لم يكن ذلك متعلقا بوقت أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة
على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة
الآية فأوجب الوضوء عند القيام إلى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول
الوقت وأما دليل وجوبه عند إرادة الأفعال التي هو شرط فيها
فسيأتي ذلك عند ذكر الأشياء التي يفعل الوضوء من أجلها
واختلاف الناس في ذلك الباب الثاني وأما معرفة فعل الوضوء
فالأصل فيه ما ورد من صفته في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى
الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم
وأرجلكم إلى الكعبين وما ورد من ذلك أيضا من صفة وضوء النبي
عليه الصلاة والسلام في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة
مشهورة تجري مجرى الأمهات وهي راجعة إلى معرفة الشروط والأركان
وصفة الأفعال وأعدادها وتحديد محالها وتعيينه وأنواع أحكام
جميع ذلك المسألة الأولى من الشروط اختلف علماء الأمصار
هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية
في العبادات لقوله عز وجل وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين
ولقوله عليه الصلاة والسلام إنما الأعمال بالنيات الحديث الثابت
المشهور فذهب فريق منهم إلى أنها شرط وهو مذهب مالك والشافعي
وأحمد وأبي ثور وداود وذهب فريق آخر إلى أنها ليست بشرط وهو
مذهب أبي حنيفة والثوري وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين أن يكون

...محضة اعني غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القربة فقط
كالصلاة وغيرها وبين ان تكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة
فانهم لا يختلفون ان العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة
المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك
وقع الاختلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر
بايهما اقوى شبها فيلحق به **المسألة الثانية** من الاحكام اختلف
الفقهاء في غسل اليد قبل ادخالها في اناء الوضوء فذهب قوم الى انه
من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة يده وهو مشهور مذهب مالك
وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده وهو ايضا مروي عن مالك وقيل
ان غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وقيل انه واجب على المنتبه
من نوم الليل دون نوم النهار **والسبب** في اختلافهم في ذلك اختلافهم
في مفهوم الثابت من حديث ابي هريرة انه قال عليه الصلاة والسلام
اذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوئه
فان احدكم لا يدري اين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثا
فمن لم ير بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في اية الوضوء
معارضة وبين اية الوضوء حمل لفظ الامر ها هنا على ظاهره من الوجوب
وجعل ذلك فرضا من فروض الوضوء **و**من فهم من هؤلاء من لفظ البيات
نوم الليل اوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم
منه النوم فقط اوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهارا او ليلا
ومن راى ان بين هذه الزيادة والاية تعارضا اذ كان ظاهر الاية
المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع عنده بينهما
ان يخرج لفظ الامر عن ظاهره الذي هو الوجوب الى الندب **و**من لم يقع
له من هذا الحديث علة توجب عنده ان تكون من باب الخاص
اريد به العام كان ذلك عنده مستحبا للمستيقظ من النوم فقط ومن

فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص اريد به العام استحبه للشاك
ومن لحظ المعنى الذي جاء في هذا الحديث مع ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم
يديه في وضوئه قبل ادخالهما الاناء في جميع احيانه وجعل ذلك زيادة
يجب حملها على ما في هذا الحديث رآها سنة على الاطلاق وغير معللة
مشروعة البدء لكل مريد للوضوء **المسألة الثالثة** من الاركان
اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة اقوال
قول انهما سنتان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وابي حنيفة
وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن ابي ليلى وجماعة من اصحاب داود
وقول ان الاستنشاق فرض والمضمضة سنة وبه قال ابو ثور وابو
عبيد وجماعة من اهل الظاهر **و**سبب اختلافهم في كونهما فرضا
او سنة اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي
معارضة اية الوضوء او لا تقتضي ذلك فمن راى ان هذه الزيادة
ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الاية اذ المقصود من الاية
تاصيل هذا الحكم وتبيينه اخرجها من باب الوجوب الى باب الندب
ومن لم ير انها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن
استوت عنده الاقوال والافعال في حملها على الوجوب لم يفرق بين
المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب
والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك
ان المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من امره
واما الاستنشاق فمن امره عليه الصلاة والسلام ومن فعله وهو قوله
عليه الصلاة والسلام اذا توضا احدكم فليجعل في انفه ماء ثم لينتثر
ومن استجمر فليوتر خرجه مالك في موطئه والبخاري في صحيحه من حديث
ابي هريرة **المسألة الرابعة** من تحديد المحال اتفق العلماء على
ان غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم

واختلفوا منه في ثلاثة مواضع في غسل البياض الذي بين العذار والاذن
وفي غسل ما انسدل من اللحية وفي تخليل اللحية فالمشهور من مذهب
مالك انه ليس البياض الذي بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب
بالفرق بين الامرد والملتحي فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة اقوال وقال
ابو حنيفة والشافعي هو من الوجه واما ما انسدل من اللحية
فذهب مالك الى وجوب امرار الماء عليه ولم يوجبه ابو حنيفة والشافعي
في احد قوليه وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين
الموضعين اعني هل يتناولهما او لا يتناولهما واما تخليل اللحية
فمذهب مالك انه ليس واجبا وبه قال ابو حنيفة والشافعي في
الوضوء واوجبه ابن عبد الحكم من اصحاب مالك وسبب اختلافهم
في ذلك اختلافهم في صحة الاثار التي ورد فيها الامر بتخليل اللحية
والاكثر على انها غير صحيحة مع ان الاثار الصحاح التي ورد فيها
صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام ليس في شيء منها التخليل

المسألة الخامسة من التحديد اتفق العلماء على ان غسل
اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى وايديكم الى المرافق
واختلفوا في ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور ومالك
والشافعي وابو حنيفة الى وجوب ادخالها وذهب بعض اهل
الظاهر وبعض متأخري اصحاب مالك الى انه لا يجب ادخالها في الغسل
والسبب في اختلافهم في ذلك الاشتراك الذي في حرف الى وفي اسم
اليد في كلام العرب وذلك ان حرف الى مرة يدل في كلام العرب على
الغاية ومرة يكون بمعنى مع واليد ايضا في كلام العرب تطلق على
ثلاثة معان على الكف فقط وعلى الكف والذراع وعلى الكف
والذراع والعضد فمن جعل الى بمعنى مع او فهم من اليد مجموع الثلاثة
الاعضاء اوجب دخولهما في الغسل لان الى تكون عنده بمعنى مع ومن القسي

والقسي ومن فهم من الى الغاية ومن اليد ما دون المرفق لم يدخلهما في الغسل
وخرج مسلم في صحيحه عن ابي هريرة انه غسل يده اليمنى حتى اشرع في
العضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى اشرع في الساق ثم اليسرى
كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة
لقول من اوجب ادخالهما في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين
على السواء اوجب ان لا يصار الى احد المعنيين الا بدليل وان كانت الى
في كلام العرب اظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد اظهر
فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فقول من لم يدخلهما من جهة
الدلالة اللفظية ارجح وقول من ادخلهما من جهة هذا الاثر ابين
الا ان يحمل هذا الاثر على الندب والمسألة محتملة كما ترى وقد قال قوم
ان الغاية اذا كانت من جنس ذي الغاية دخلت فيه واذا لم تكن من جنسه
لم تدخل فيه المسألة السادسة من التحديد اتفق العلماء على
ان ~~غسل اليدين والذراعين~~ مسح الراس من فرائض الوضوء واختلفوا في القدر
المجزئ منه فذهب مالك الى ان الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض اصحاب
مالك وابو حنيفة الى ان مسح بعضه هو الفرض ومن اصحاب مالك من حد هذا البعض
بالثلث ومنهم من حده بالثلثين واما ابو حنيفة فحده بالربع وحد مع هذا القدر
من اليد الذي يكون به المسح فقال ان مسحه باقل من ثلاثة اصابع لم يجزه واما الشافعي
فلم يحد في الماسح ولا في الممسوح حدا واصل هذا الاختلاف الاشتراك الذي
في الباء في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى تنبت بالدهن
اعني على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من انبت ومرة تدل على التبعيض
مثل قول القائل اخذت بثوبه وبعضده ولا معنى لانكار هذا في كلام العرب اعني
كون الباء مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة اوجب
مسح الراس كله ومعنى الزائدة ههنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضة
اوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة ان النبي

عليه الصلاة والسلام توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وان
سلمنا ان الباء زائدة بقي هنا ايضا احتمال اخر وهو هل الواجب الاخذ
باوائل الاسماء او باواخرها **المسألة السابعة** من الاعداد
اتفق العلماء على ان الواجب من طهارة الاعضاء المغسولة هو مرة مرة
اذا اسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليهما لما صح انه صلى الله عليه وسلم
توضأ مرة مرة وتوضأ مرتين مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا ولان الامر ليس
يقتضي الا الفعل مرة واحدة اعني الامر الوارد بالغسل في اية الوضوء واختلفوا
في تكرير مسح الراس هل هو فضيلة او ليس في تكريره فضيلة فذهب
الشافعي الى انه من توضأ ثلاثا ثلاثا يمسح راسه ايضا ثلاثا واكثر
الفقهاء يرون ان المسح لا فضيلة في تكريره وسبب اختلافهم في ذلك
اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد اذا اتت من طريق
واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان اكثر الاحاديث التي روي فيها انه
توضأ ثلاثا ثلاثا من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا انه مسح
واحدة فقط وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوءه انه عليه
الصلاة والسلام مسح براسه ثلاثا وعضد الشافعي قبول هذه
الزيادة بظاهر عموم ما روي انه عليه الصلاة والسلام توضأ مرة مرة
ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا وذلك ان المفهوم من هذا العموم وان كان
من لفظ الصحابي هو حمله على سائر اعضاء الوضوء الا ان هذه الزيادة
ليست في الصحيحين فان صحت فيجب المصير اليها لان من سكت عن شيء
ليس هو حجة على من ذكره واكثر العلماء اوجبوا تجديد الماء لمسح الراس
قياسا على سائر الاعضاء وروي عن ابن الماجشون انه قال اذا نفد
الماء مسح راسه ببلل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك يستحب
في صفة المسح ان يبدأ بمقدم راسه فيمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى
حيث بدأ على ما جاء في حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء
يختار ان يبدأ بمؤخر الراس وذلك مروي ايضا من صفة وضوئه عليه ..

الصلاة والسلام وحديث الربيع بنت معوذ الا انه لم يثبت في الصحيحين
المسألة الثامنة من تعيين المحال اختلف العلماء في المسح
على العمامة فاجاز ذلك احمد بن حنبل وابو ثور والقاسم بن سلام وجماعة
ومنع ذلك الجماعة منهم مالك والشافعي وابو حنيفة وسبب اختلافهم
في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالاثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة
وغيره وانه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة
وقياسا على الخف ولذلك اكثرهم يشترط لبسها على طهارة وهذا الحديث
انما رده من رده اما لانه لم يصح عنده واما لان ظاهر الكتاب يعارضه
اعني الامر فيه بمسح الراس واما لانه لم يشتهر العمل به عند من يشترط
اشتهار العمل فيما نقل من طريق الاحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم
من مذهب مالك انه يراعي اشتهار العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال
فيه ابو عمر بن عبد البر انه حديث معلول وفي بعض طرقه انه مسح
على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح
على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل واحد
المسألة التاسعة من الاركان اختلفوا في مسح الاذنين هل هو
سنة او فريضة وهل يجدد لهما الماء ام لا فذهب بعض الناس الى انه
فريضة وانه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من اصحاب مالك
ويتاولون مع ذلك انه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الراس وقال
ابو حنيفة واصحابه مسحهما فرض كذلك الا انهما يمسحان مع الراس بماء
واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول
ايضا جماعة من اصحاب مالك ويتاولون انه ايضا قوله لما روي عنه انه
قال حكم مسحهما حكم المضمضة واصل اختلافهم في كون مسحهما سنة
او فرضا اختلافهم في الاثار الواردة بذلك اعني بمسحه عليه الصلاة
والسلام اذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الراس فيكون حكمهما

او يحمل على الندب لمكان التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الاية ان حملت على
الوجوب ام هي مبينة للمجمل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الراس في
الوجوب فمن اوجبهما جعلها مبينة لمجمل الكتاب ومن لم يوجبهما جعلها زائدة
كالمضمضة والاثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيح
فقد اشتهر العمل بها واما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسببه تردد
الاذنين بين ان يكونا عضوا مفردا بذاته من اعضاء الوضوء او بين ان يكونا
جزءا من الراس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب
اخرون الى انه يمسح باطنهما مع الراس ويغسل ظاهرهما مع الوجه
وذلك لتردد هذا العضو بين ان يكون جزءا من الوجه او جزءا من الراس وهذا
لا معنى له مع اشتهار الاثار في المسح واشتهار العمل به والشافعي
يستحب فيهما التكرار كما يستحبه في مسح الراس

المسألة العا[شرة]

[illegible] اتفق العلماء على ان الرجلين من اعضاء الوضوء
واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور
وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين
الغسل والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف وسبب اختلافهم
القراءتان المشهورتان في اية الوضوء اعني قراءة من قرا وارجلكم
بالنصب عطفا على المغسول وقراءة من قرا وارجلكم بالخفض عطفا
على الممسوح وذلك ان قراءة النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض
ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحد
من هاتين الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى
ترجيح ظاهر احدى القراءتين على الاخرى وصرف بالتاويل ظاهر
القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التي ترجحت عنده ومن اعتقد ان
دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء وانه ليست
احداهما على ظاهرها ادل من الثانية على ظاهرها ايضا جعل ذلك

من الواجب

من الواجب المخير ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود وللجمهور
تاويلان في قراءة الخفض اجودهما ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ
كان ذلك موجودا في كلام العرب مثل قول الشاعر لعب الزمان بها
وغيرها بعدي سوافي المور والقطر بالخفض ولو عطف على المعنى
لرفع القطر واما الفريق الثالث وهم الذين اوجبوا المسح فانهم تاولوا
قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر فلسنا
بالجبال ولا الحديدا ورجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه
الصلاة والسلام اذ قال في قوم لم يستوفوا غسل اقدامهم في الوضوء ويل
للاعقاب من النار قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو
الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما وقع الوعيد على
انهم تركوا اعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع في الغسل ففرضه
الغسل في جميع القدم كما ان من شرع في المسح ففرضه المسح عند من يخير
بين الامرين وقد يدل على هذا ما جاء في اثر اخر خرجه ايضا مسلم انه قال فجعلنا
نمسح على ارجلنا فنادى ويل للاعقاب من النار وهذا الاثر وان كانت العادة
قد جرت بالاحتجاج به في منع المسح فهو ادل على جوازه منه على منعه لان
الوعيد انما تعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها
وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو ايضا مروي عن بعض الصحابة والتا
بعين ولكن من طريق المعنى فالغسل اشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان
المسح اشد مناسبة للراس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقى دنسهما
غالبا الا بالغسل وينقى دنس الراس بالمسح وذلك امر غالب والمصالح
المعقولة لا يمتنع ان تكون اسبابا للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ
فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا واعني بالمصلحي ما رجع الى الامور
المحسوسة وبالعبادي ما رجع الى زكاة النفس وكذلك اختلفوا في الكعبين

هل يدخلان في الغسل او في المسح عند من اجاز المسح واصل اختلافهم الاشتراك
الذي في حرف الى اعني في قوله تعالى وارجلكم الى الكعبين وقد تقدم القول في
اشتراك هذا الحرف في قوله تعالى الى المرافق لكن الاشتراك هنالك من
جهتين اشتراك اسم اليد وحرف الى وهاهنا من قبل اشتراك حرف الى وقد
اختلفوا في الكعب ما هو وذلك للاشتراك الذي في اسم الكعب واختلاف اهل
اللغة في دلالته فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما
العظمان الناتئان في طرف الساق ولا خلاف فيما احسب في دخولهما في
الغسل عند من يرى انهما عند معقد الشراك اذ كانا جزءا من القدم ولذلك
قال قوم اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه اعني الشيء الذي يدل
عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى ثم اتموا
الصيام الى الليل **المسألة** الحادية عشر من الشروط اختلفوا في ترتيب
افعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هو سنة وهو الذي حكاه المتأخرون
من اصحاب مالك عن المذهب وبه قال ابو حنيفة والثوري وداود وقال قوم
هو فريضة وبه قال الشافعي واحمد وابو عبيد وهذا كله في ترتيب المفروض
مع المفروض واما ترتيب الافعال المفروضة مع الافعال المسنونة فهو
عند مالك مستحب وقال ابو حنيفة هو سنة وسبب اختلافهم شيئان
احدهما الاشتراك الذي في واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الاشياء
المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء
كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصرة ليس
تقتضي نسقا ولا ترتيبا وانما تقتضي الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضي
النسق والترتيب فمن رأى ان الواو في آية الوضوء تقتضي الترتيب قال بايجاب
الترتيب ومن رأى انها لا تقتضي الترتيب لم يقل بايجابه والسبب الثاني
اختلافهم في افعاله عليه الصلاة والسلام هل هي محمولة على الوجوب او على

الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه
الصلاة والسلام انه توضأ قط الا مرتبا ومن حملها على الندب قال ان الترتيب
سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الافعال قال ان الترتيب الواجب
انما ينبغي ان يكون في الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشرط في الواجبة
قد يكون في الافعال التي ليست واجبة **المسألة** الثانية عشرة من
الشروط اختلفوا في الموالاة في افعال الوضوء فذهب مالك الى ان الموالاة
فرض مع الذكر ومع عدم العذر ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر
ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعي وابو حنيفة الى ان الموالاة
ليست من واجبات الوضوء والسبب في ذلك الاشتراك الذي في الواو ايضا وذلك
انه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف
بها الاشياء المتراخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة
بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتوضأ في اول طهوره ويؤخر غسل
رجليه الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف في هذه المسألة ايضا في الاختلاف في
حمل الافعال اعني على الوجوب او على الندب وانما فرق مالك بين العمد والنسيان
لان الناسي الاصل فيه في الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك
لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر
يظهر من امر الشرع ان له تأثيرا في التخفيف وقد ذهب قوم الى ان التسمية
من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة
والسلام لا وضوء لمن لم يسم الله وهذا الحديث لم يصح عند اهل النقل وقد حمله
بعضهم على ان المراد به النية وبعضهم حمله على الندب فيما احسب فهذه
مشهورات المسائل التي تجري من هذا الباب مجرى الاصول وهي كما قلنا متعلقة
اما بصفات افعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها
واركانها وسائر ما ذكرنا ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين اذ كان من
افعال الوضوء والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل

المسح

فالقول في جوازه وفي تحديد محله وفي تعيين محله وفي صفته اعني صفة المحل
وفي توقيته وفي شروطه وفي نواقضه **فاما** الجواز ففيه ثلاثة اقوال القول
المشهور انه جائز على الاطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار والقول
الثاني بجوازه في السفر دون الحضر والقول الثالث منع جوازه باطلاق
وهو اشدها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك
والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة اية الوضوء الوارد فيها
الامر بغسل الارجل للاثار التي وردت في المسح مع تاخر اية الوضوء
وهذا الاختلاف كان بين الصحابة في الصدر الاول فكان منهم من يرى
ان اية الوضوء ناسخة لتلك الاثار وهو مذهب ابن عباس واحتج
القائلون بجوازه بما روى مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك انه
روى انه راى النبي عليه الصلاة والسلام يمسح على الخفين فقيل له
انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما اسلمت الا بعد نزول المائدة
وقال المتاخرون القائلون بجوازه ليس بين الاية والاثار تعارض لان
الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة انما هي للابس
الخف وقيل ان تاويل قراءة الارجل بالخفض هو المسح على الخفين واما
من فرق بين السفر والحضر فلان اكثر الاثار الصحاح الواردة في مسحه
عليه الصلاة والسلام انما كانت في السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة
والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزعه مما يشق على
المسافر **واما** تحديد المحل فاختلف فيه ايضا فقهاء الامصار فقال
قوم ان الواجب من ذلك مسح اعلى الخف وان مسح الباطن اعني اسفل
الخف مستحب ومالك احد من راى هذا والشافعي ومنهم من اوجب مسح
ظهورهما وبطونهما وهو مذهب ابن نافع من اصحاب مالك ومنهم من اوجب
مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون وهو مذهب ابي حنيفة
وداود وسفيان وجماعة وشذ اشهب فقال ان الواجب مسح الباطن

او الاعلى

او الاعلى ايهما مسح فحسب **و**سبب اختلافهم تعارض الاثار الواردة
في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك ان في ذلك اثرين متعارضين احدهما
حديث المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم مسح اعلى الخف وباطنه
والاخر حديث علي لو كان الدين بالراي لكان اسفل الخف اولى بالمسح
من اعلاه وقد رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه
فمن ذهب مذهب الجمع بين هذين الحديثين حمل حديث المغيرة على
الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب
مذهب الترجيح اخذ اما بحديث علي واما بحديث المغيرة فمن رجح
حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس اعني قياس المسح
على الغسل **و**من رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته القياس او من جهة السند
والاسعد في هذه المسالة هو مالك **و**اما من اجاز الاقتصار على مسح
الباطن فقط فلا اعلم له حجة فانه لا هذا الاثر اتبع ولا القياس استعمل
اعني قياس المسح على الغسل **واما** نوع محل المسح فان الفقهاء القا
ئلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين **و**اختلفوا في المسح
على الجوربين فاجاز ذلك قوم ومنع ذلك اخرون **و**ممن منع ذلك مالك
والشافعي وابو حنيفة **و**ممن اجاز ذلك ابو يوسف ومحمد صاحبا
ابي حنيفة وسفيان الثوري **و**سبب اختلافهم في صحة الاثار
الواردة عنه عليه الصلاة والسلام انه مسح على الجوربين والنعلين
واختلافهم ايضا هل يقاس على الخف غيره ام هي عبادة لا يقاس ولا يتعدى
بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث او لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح
عليه **و**من صح عنده الاثر او جواز القياس على الخف اجاز المسح على الجوربين
وهذا الاثر لم يخرجه الشيخان اعني البخاري ومسلما وصححه الترمذي ولتردد
الجوربين المجلدين بين الخف وبين الجورب عن مالك في المسح عليهما روايتان
احداهما بالمنع والاخرى بالجواز **واما** صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز

المسح على الخف الصحيح واختلفوا في المخرق فقال مالك واصحابه يمسح
عليه اذا كان الخرق يسيرا وحدد ابو حنيفة بما يكون الظاهر منه اقل
من ثلاثة اصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق ما دام يسمى
خفا وان تفاحش خرقه وممن روي عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي
ان يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا في احد
القولين عنه وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال الفرض
من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر اعني ستر الخف القدمين
ام هو لموضع المشقة في نزع الخفين فمن راه لموضع الستر لم يجز
المسح على الخف المنخرق لانه اذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها
من المسح الى الغسل ومن راى ان العلة في ذلك المشقة لم يعتبر الخرق
ما دام يسمى خفا واما التفريق بين الخرق اليسير والكثير فاستحسان
ورفع للحرج وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم
من الخروق كخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد ونقل عنهم
قال المولف هذه المسالة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع
عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى لتبين للناس ما
نزل اليهم واما التوقيت فان الفقهاء ايضا اختلفوا فيه فراى
مالك ان ذلك غير موقت وان لابس الخفين يمسح عليهما ما لم
ينزعهما او تصيبه جنابة وذهب ابو حنيفة والشافعي الى ان ذلك
موقت والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار في ذلك وذلك انه ورد
في ذلك ثلاثة احاديث احدها حديث علي عن النبي عليه الصلاة
والسلام انه قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة ايام ولياليهن
للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم والحديث الثاني حديث ابي
ابن عمارة انه قال يا رسول الله امسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم
قال ويومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعا قال امسح

ابيقيم

ما ابدا لك

ما بدا لك خرجه ابو داود والطحاوي والحديث الثالث حديث صفوان بن
عسال قال كنا اذا كنا سفرا امرنا ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن
الا من جنابة لكن من بول او نوم او غائط قلت اما حديث علي فصحيح خرجه
مسلم واما حديث ابي بن عمارة فقال فيه ابو عمر بن عبد البر حديث لا يثبت
وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي ان يعارض به حديث علي واما
حديث صفوان بن عسال فهو حديث وان كان لم يخرجه البخاري ولا مسلم
فانه قد صححه قوم من اهل العلم بالحديث الترمذي وابو محمد بن حزم وهو
بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث ابي كحديث علي وقد يحتمل ان
يجمع بينهما بان يقال ان حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السوال عن
التوقيت وحديث ابي نص في ترك التوقيت لكن حديث ابي لم يثبت
بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثي علي وصفوان وهو الاظهر الا ان
دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير موثر
في نقض الطهارة لان النواقض هي الاحداث واما شرط المسح على
الخفين فهو ان تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء وذلك شيء مجمع عليه
الا خلافا شاذا وقد روي عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن لبابة في المنتخب
وانما قال به الاكثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره اذ اراد ان ينزع
عنه الخف فقال عليه الصلاة والسلام دعهما فاني ادخلتهما طاهرتين
والمخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية واختلف الفقهاء من هذا الباب
فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم اتم وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير الترتيب
واجبا وراى ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكمل الطهارة لجميع الاعضاء
قال يجوز ذلك ومن راى ان الترتيب واجب وانه لا تقع طهارة العضو الا بعد
طهارة جميع اعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الاول قال ابو حنيفة وبالثاني
قال الشافعي ومالك الا ان مالكا لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه
من جهة انه يرى ان الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال

ابو حنيفة

عليه الصلاة والسلام وهما طاهرتان ظاهر في أن المعتبر الطهارة الشرعية
وفي بعض روايات المغيرة إذا أدخلت رجليك في الخف وهما طاهرتان
فامسح عليهما وعلى هذه الأصول يتفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه
بعد أن غسل إحدى رجليه وقبل أن يغسل الأخرى فقال مالك لا يمسح على
الخفين لأنه لابس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعي وأحمد
وإسحق وقال أبو حنيفة والثوري والمزني والطبري وداود يجوز له المسح
وقال به جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم قد أجمعوا على أنه لو
نزع الخف الأول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل
من شرط المسح على الخف أن لا يكون على خف آخر فيه عن مالك قولان وسبب
الاختلاف هل كما تنتقل طهارة القدم إلى الخف إذا ستر به الخف كذلك
تنتقل طهارة الخف الأسفل الواجبة إلى الخف الأعلى فمن شبه النقلة
الثانية بالأولى أجاز المسح على الخف الأعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له
الفرق لم يجز ذلك وأما نواقض هذه الطهارة فإنهم أجمعوا على أنها
نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه
الطهارة أم لا فقال قوم إذا نزعه وغسل قدميه فطهارته باقية
وإن لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه وممن قال بذلك
مالك وأصحابه والشافعي وأبو حنيفة إلا أن مالكا قال إنه إن أخر
ذلك استأنف الوضوء على رأيه في وجوب الموالاة على الشرط الذي
تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء
وليس عليه غسل وممن قال بهذا القول داود وابن أبي ليلى وقال
الحسن بن حي إذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه
الأقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسألة
هي مسكوت عنها وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل
بذاته في الطهارة أو هو بدل من غسل القدمين عند غيبوبتهما في الخفين
فإن قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وإن نزع الخفين كمن قطعت

رجلاه

9

رجلاه بعد غسلهما وإن قلنا إنه بدل فيحتمل أن يقال إذا نزع الخف بطلت
الطهارة وإن كنا نشترط الفور ويحتمل أن يقال إن غسلهما أجزأت الطهارة
إذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين ينزع الخف فضعيف وإنما
هو شيء يتخيل فهذا ما رأينا أن نثبته في هذا الباب

الباب الثالث

في المياه والأصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى وينزل عليكم
من السماء ماء ليطهركم به وقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا
طيبا وأجمع العلماء على أن جميع [أنواع] المياه طاهرة في نفسها مطهرة لغيرها
إلا ماء البحر فإن فيه خلافا في الصدر الأول شاذا وهم محجوجون بتناول اسم
الماء المطلق له وبالأثر الذي خرجه مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في البحر
هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وإن كان حديثا مختلفا في صحته فظاهر الشرع
يعضده وكذلك أجمعوا على أن كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا أنه
لا يسلبه صفة التطهير إلا خلافا شاذا روي في الماء الآجن عن ابن سيرين
وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء المطلق له واتفقوا على أن الماء الذي غيرت [النجاسة]
إما طعمه أو لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الأوصاف أنه لا يجوز به الوضوء
وأن الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التي لا تغير أحد أوصافه وأنه
طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب واختلفوا من ذلك في ست مسائل
تجري مجرى القواعد والأصول لهذا الباب **المسألة الأولى** اختلفوا في
الماء إذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم هو طاهر
سواء كان كثيرا أو قليلا وهي إحدى الروايات عن مالك وبه قال أهل
الظاهر وقال قوم بالفرق بين الكثير والقليل فقالوا إن كان قليلا كان
نجسا وإن كان كثيرا لم يكن نجسا وهؤلاء اختلفوا في الحد بين القليل والكثير
فذهب أبو حنيفة إلى أن الحد في هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث
إذا حرك آدمي من أحد طرفيه لم تسر الحركة إلى الطرف الثاني منه وذهب
الشافعي إلى أن الحد في ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو من خمس

مائة رطل وضعفها فبعد الاكثر احوط والكثر قال ان النجاسة تنجس قليل
الماء وان لم تغير احد اوصافه وهذا ايضا مروي عن مالك وقد روي ايضا
ان هذا الماء مكروه وقد فسخنا على ما الكثير الماء اليسير بحلول النجاسة
اليسيرة ثلاثة اقوال قول ان النجاسة تفسده وقول انها لا تفسده
الا ان تغير احد اوصافه وقول انه مكروه وسبب اختلافهم في هذا الحكم
هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان حديث ابي هريرة
المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ احدكم من نومه
الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ايضا
حديث ابي هريرة الثابت انه قال عليه الصلاة والسلام لا يبولن احدكم
في الماء الدائم ثم يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره ايضا ان قليل
النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب
في الماء الدائم واما حديث انس الثابت ان اعرابيا قام الى ناحية
من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
دعوه فلما فرغ امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله
فظاهره ان قليل النجاسة لا تفسد قليل الماء اذ معلوم ان ذلك
الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث ابي سعيد الخدري كذلك ايضا
خرجه ابو داود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له انه
يستقى من بئر بضاعة وهي بئر يلقى فيها لحوم الكلاب والحائض
وعذرة الناس فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الماء لا ينجسه شيء فرام
العلماء الجمع بين هذه الاحاديث واختلفوا في طريق الجمع فاختلفت
لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابي وحديث ابي
سعيد قال ان حديثي ابي هريرة غير معقولي المعنى وامتثال ما تضمناه
عبادة لا لان ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرية افرطت في ذلك فقالت
لو صب البول انسان في ذلك الماء من قدح لما كره التوضؤ به فجمع بينهما

لا ينجس

على هذا

على هذا الوجه من قال بهذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة
اليسيرة جمع بين الاحاديث بان حمل حديثي ابي هريرة على الكراهية وحمل
حديث الاعرابي وحديث ابي سعيد الخدري على ظاهرهما اعني على الاجزاء
واما الشافعي وابو حنيفة فجمعا بين حديثي ابي هريرة وحديث ابي سعيد
الخدري بان حملا حديثي ابي هريرة على الماء القليل وحديث ابي سعيد على
الماء الكثير وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك الذي يجمع الاحاديث
هو ما ورد في حديث عبد الله بن عمر عن ابيه خرجه ابو داود والترمذي
وصححه ابو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما
ينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا واما ابو
حنيفة فذهب الى ان الحد في ذلك هو من جهة القياس وذلك انه اعتبر
سريان النجاسة في جميع الماء بسريان الحركة فاذا كان الماء بحيث
يظن ان النجاسة لا يمكن فيها ان تسري في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب
هذين المذهبين فحديث الاعرابي المشهور معارض له ولا بد فلذلك لجأت
الشافعية الى ان فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة
على الماء فقالوا ان ورد عليها الماء كما في حديث الاعرابي لم ينجس وان
وردت النجاسة على الماء كما في حديثي ابي هريرة نجس وقال جمهور العلماء
هذا تحكم وله اذا تؤمل وجه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على
ان النجاسة اليسيرة لا تؤثر في الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم
ان النجاسة لا تسري في جميع اجزائه وانه يستحيل عينها عن الماء الكثير و
اذا كان ذلك كذلك فلا يبعد ان يتوهم ان قدرا ما من الماء لو حله قدر ما من النجاسة
لسرى فيه ولكان نجسا فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءا فجزءا
فمعلوم انه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا
فيكون اخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لان نسبته الى ما ورد عليه
مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك

كان الماء يقع في هذه الحال بذهاب عين النجاسة اعني في وقوع الجزء الاخر الطاهر على اخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا اجمعوا على ان مقدار ما يتوضا به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب والبدن واختلفوا اذا وقعت القطرة والبول في ذلك القدر من الماء واولى المذاهب عندي واحسنها في طريق الجمع هو ان يحمل حديث ابي هريرة وما في معناه على الكراهية وحديث ابي سعيد وانس على الجواز لان هذا التاويل يبقي مفهوم الاحاديث على ظاهرها اعني حديث ابي هريرة من ان المقصود به تاثير النجاسة في الماء وحد الكراهية عندي هو ما تعافه النفس وترى انه ماء خبيث وذلك ان ما يعاف الانسان شربه يجب ان يجتنب استعماله في القربة الى الله عز وجل وان يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله واما من احتج بانه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر احدا ابدا اذ كان يجب على هذا ان يكون المنفصل من الماء عن الشيء النجس المقصود تطهيره ابدا نجسا فلا معنى له لما بيناه من ان نسبة اخر جزء يرد من الماء على اخر جزء يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة اليسيرة وان كان هؤلاء انما احتجوا بالموضع المجمع عليه على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضع في غاية الغموض فهذا ما ظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح اقوالهم فيها ولوددنا ان سلكنا في كل مسئلة هذا المسلك لكن راينا ان هذا يقتضي طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الاول الذي قصدناه فان يسر الله فيه وكان لنا انفساح في العمر فسيتم هذا الغرض

المسئلة الرابعة الماء الذي خالطه زعفران او غيره من الاشياء الطاهرة التي تنفك عنه غالبا متى غيرت احد اوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعي

وطهور عند ابي حنيفة ما لم يكن التغير عن طبخ وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق للماء الذي خالطه امثال هذه الاشياء اعني هل يتناوله او لا يتناوله فمن راى انه لا يتناوله اسم الماء المطلق وانما يضاف الى الشيء الذي خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء انما يكون بالماء المطلق ومن راى انه يتناوله اسم الماء المطلق اجاز به الوضوء ولظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شيء طاهر اتفقوا على انه لا يجوز الوضوء به وكذلك في مياه النبات المستخرجة منه الا ما في كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ماء الغسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند امره اياها بغسل ابنته اغسلنها بماء وسدر واجعلن في الاخرة كافورا او شيئا من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روي عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة والفرق بينهما فاجازه مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة

المسئلة الثالثة الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعي وابي حنيفة وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك واصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال ابو ثور وداود واصحابه وشذ ابو يوسف فقال انه نجس وسبب الاختلاف في هذا ايضا هل يتناوله اسم الماء المطلق حتى ان بعض من منعه ظن ان اسم الغسالة احق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اصحابه يقتتلون على فضل

وضوء وللأبدان الغسل والماء المستعمل في الإناء الذي يغسل فيه الغسل وبالجملة
فهو ماء مطلق لأنه في الأغلب ليس ينتهي إلى أن يتغير أحد أوصافه بتغير الأ
عضاء التي تغسل به فإن انتهى حكمه حكم الماء الذي تغير أحد أوصافه بشيء
طاهر وإن كان هذا تعافه النفوس أكثر ولهذا رأى كراهيته من رأى ومن
زعم أنه نجس فلا دليل معه **المسألة الرابعة** اتفق العلماء على
طهارة أسآر المسلمين وبهيمة الأنعام واختلفوا فيما عدا ذلك اختلافا
كثيرا فمنهم من زعم أن كل حيوان طاهر السؤر ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير
فقط وهذان القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير
والكلب وهو مذهب الشافعي ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة
وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب إلى أن الأسآر تابعة للحوم
فإن كانت اللحوم محرمة فالأسآر نجسة وإن كانت اللحوم مكروهة
فالأسآر مكروهة وإن كانت مباحة فالأسآر طاهرة **وأما** سؤر المشرك
فقيل إنه نجس وقيل إنه مكروه إذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم
وكذلك عنده أسآر جميع الحيوانات التي لا تتوقى النجاسة غالبا
مثل الدجاج المخلاة والإبل الجلالة والكلاب المخلاة **وسبب** اختلافهم
في ذلك هو ثلاثة أشياء أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب و
الثاني معارضته لظاهر الآثار والثالث معارضة الآثار بعضها بعضا
في ذلك **أما** القياس فهو أنه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة
عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان
وإذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر
وأما ظاهر الكتاب فإنه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرك
وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير فإنه رجس وما هو رجس في عينه فهو
نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحي الخنزير فقط ومن لم
يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم **وأما** المشرك ففي قوله تعالى

ه‍ ح
وهو مذهب
أبي حنيفة

نما الكلاب

إنما المشركون نجس فمن حمل هذا أيضا على ظاهره استثنى من مقتضى
ذلك القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه **وأما**
الآثار فإنها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع
أما الكلب فحديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه
الصلاة والسلام إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه وليغسله
سبع مرات وفي بعض طرقه أولاهن بالتراب وفي بعضها وعفروه
الثامنة بالتراب **وأما** الهر فما رواه قرة عن ابن سيرين عن أبي هريرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طهور الإناء إذا ولغ فيه الهر
أن يغسل مرة أو مرتين وقرة ثقة عند أهل الحديث **وأما** السباع
فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال إن كان الماء قلتين لم يحمل
خبثا **وأما** تعارض الآثار في هذا الباب فمنها أنه روي عنه أنه
سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة
تردها الكلاب والسباع فقال لها ما حملت في بطونها ولكم ما غبر
شرابا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطئه وهو
قوله يا صاحب الحوض لا تخبرنا فإنا نرد على السباع وترد علينا
وحديث أبي قتادة أيضا الذي خرجه مالك أن كبشة سكبت له وضوءا
فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الإناء حتى شربت قالت كبشة
فرآني أنظر إليه فقال أتعجبين يا ابنة أخي فقلت نعم فقال إن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال إنها ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم أو
الطوافات **فاختلف** العلماء في تأويل هذه الآثار **ووجه** جمعها
مع القياس المذكور فذهب مالك في الأمر بإراقة سؤر الكلب وغسل
الإناء منه إلى أن ذلك عبادة غير معللة وأن الماء الذي يلغ فيه ليس بنجس
ولم ير إراقة ما عدا الماء من الأشياء التي يلغ فيها الكلب في المشهور عنه

الهر

وفي الاحكام قلنا لمعارضته ذلك القياس له ولانه ظن انه ان فهم منه
ان الكلب نجس عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا مما امسكن
عليكم يريد انه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته وايد هذا
التاويل بما جاء في غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط في غسلها
العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يعرج على سائر تلك الآثار
لضعفها عنده واما الشافعي فاستثنى الكلب من الحيوان الحي
ورأى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعابه هو النجس
لا عينه فيما احسب وانه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى
الخنزير لمكان الآية المذكورة واما ابو حنيفة فانه زعم ان المفهوم
من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلاب هو
من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص اريد به العام فقال الاسآر
تابعة للحوم الحيوان واما بعض الناس فاستثنى من ذلك
الكلب والهر والسباع على ظاهر الاحاديث الواردة في ذلك واما
بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر واستثنى من ذلك السباع فقط
اما سؤر الكلب فللعدد المشترط في غسله ولمعارضته ظاهر الكتاب
له ولمعارضته حديث ابي قتادة له اذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل
انها من الطوافين والكلب طواف واما الهرة فمصير الى ترجيح حديث
ابي قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وترجيح حديث ابن عمر على حديث
عمر وما ورد في معناه لمعارضته حديث ابي قتادة له بدليل الخطاب
وذلك انه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهم منه ان
ما ليس بطواف وهي السباع فاسآرها نجسة وممن ذهب هذا
المذهب ابن القاسم واما ابو حنيفة فقال كما قلنا بنجاسة سؤر
الكلب ولم ير العدد في غسله شرطا في طهارة الاناء الذي ولغ فيه
لانه عارض ذلك عنده القياس في غسل النجاسات اعني ان المعتبر فيها

انما

انما هو ازالة العين فقط وهذا على عادته في رد اخبار الآحاد لمعارضة
الاصول لها فاستعمل هذا الحديث بعضا ولم يستعمل بعضا اعني انه استعمل
منه ما لم تعارضه الاصول عنده ولم يستعمل ما عارضته منه الاصول وعضد
ذلك بانه مذهب ابي هريرة الذي روى هذا الحديث فهذه هي الاسباب التي
حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير في هذه المسألة وقادتهم الى
الافتراق فيها والمسألة اجتهادية محضة يعسر ان يوجد فيها
ترجيح ولعل الارجح ان يستثنى من طهارة اسآر الحيوان الكلب والخنزير
والمشرك لصحة الآثار الواردة في الكلب ولان ظاهر الكتاب اولى ان يتبع
في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من القياس وكذلك ظاهر الحديث
وعليه اكثر الفقهاء اعني على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر باراقة
ما ولغ فيه الكلب مخيل ومناسب في الشرع لنجاسة الماء الذي ولغ فيه
اعني ان المفهوم بالعادة في الشرع من الامر باراقة الشيء وغسل الاناء
منه هو لنجاسة الشيء وما اعترضوا به من انه لو كان ذلك لنجاسة الاناء
لما اشترط فيه العدد فغير نكير ان يكون الشرع يخص نجاسة دون
نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها وقد ذهب جدي رحمة الله عليه
في كتاب المقدمات الى ان هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من
قبل النجاسة بل من قبل ما يتوقع ان يكون الكلب الذي ولغ في الاناء كلبا
فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله
فان هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج
والمداواة من الامراض وهذا الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على
طريقة المالكية فانه اذا قلنا ان ذلك الماء غير نجس فالاولى ان
يعطى علة في غسله من ان يقال انه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه
وقد اعترض عليه فيما بلغني بعض الناس بان قال ان الكلب الكلب
لا يقرب الماء في حين كلبه وهذا الذي قالوه هو عند استحكام

لمكان

عين

صح

هذه العلة في الكلاب لا في سباع ذوات الاربع ولا حدوثها فلا معنى للعدد اصلا وايضا
فانه ليس في الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل في سؤره خاصية
من هذا الوجه ضارة اعني قبل ان يستحكم به الكلب ولا يستنكر ورود
مثل هذا في الشرع فيكون من باب ما ورد في الذباب اذا وقع في الطعام
ان يغمس وتعليل ذلك لان في احد جناحيه داء وفي الاخر دواء واما
ما قيل في المذهب ان هذا الكلب هو الكلب المنهي عن اتخاذه او الكلب
الكلب فضعيف وبعيد من هذا التعليل الا ان يقول قايل ان ذلك اعني
النهي من باب التغليظ في اتخاذه **المسألة الخامسة** اختلف
العلماء في اسآر الطهر على خمسة اقوال فذهب قوم الى ان اسآر
الطهر طاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعي وابي حنيفة
وذهب آخرون الى انه يجوز للرجل ان يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة
ان تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون الى انه يجوز للرجل ان يتطهر بسؤر
المرأة ما لم تكن المرأة جنبا او حائضا وذهب آخرون الى انه لا يجوز
لاحدهما ان يتطهر بفضل صاحبه الا ان يشرعا معا وقال قوم
لا يجوز وان شرعا معا وهو مذهب احمد بن حنبل وسبب اختلافهم
في هذا اختلاف الآثار وذلك ان في ذلك اربعة آثار احدها
ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يغتسل من الجنابة هو وازواجه
من اناء واحد والثاني حديث ميمونة انه اغتسل بفضلها والثالث
حديث الحكم الغفاري ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى ان يتوضأ
الرجل بفضل المرأة خرجه ابو داود والترمذي والرابع حديث
عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يغتسل الرجل
بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان معا فذهب العلماء
في تاويل هذه الاحاديث مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع
في بعض والترجيح في بعض اما من رجح حديث اغتسال النبي عليه

في هذا

الصلاة والسلام مع ازواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانها
اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين ان يغتسلا معا او يغتسل كل
واحد منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معا كل واحد منهما مغتسل
بفضل صاحبه وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على احاديث
الغفاري فقال بطهارة الاسآر على الاطلاق واما من رجح حديث الغفاري
على حديث ميمونة وهو مذهب ابي محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفاري وحديث
اغتسال النبي مع ازواجه من اناء واحد بان فرق بين الاغتسال معا
وبين ان يغتسل احدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط اجاز
للرجل ان يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز ان يتطهر هو بفضل طهرها
واجاز ان تتطهر هي من فضل طهره واما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث
كلها ما خلا حديث ميمونة فانه اخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه يمكن
ان يجمع عليه حديث الغفاري وحديث غسل النبي عليه الصلاة والسلام مع ازواجه
من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهو ان لا تتوضأ المرأة بفضل الرجل لكن
يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض
الناس من ان بعض رواته قال فيه اكثر ظني او اكثر علمي ان ابا الشعثاء حدثني
واما من لم يجز لواحد منهما ان يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعا معا فلعله
لم يبلغه من الاحاديث الا حديث الحكم الغفاري وقاس الرجل على المرأة و
اما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فلست اعلم له حجة الا انه مروي
عن بعض السلف احسبه ابن عمر **المسألة السادسة** صار ابو
حنيفة من بين معظم اصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر
في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من ماء فقال معي نبيذ في اداوة
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصبب فتوضأ به وقال شراب وطهور
وحديث ابي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله

في حديث

صلى الله عليه وسلم ثمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه منسوب الى الصحابة
علي وابن عباس وانه لا مخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم
ورد اهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولانه قد روي من طرق
اوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ليلة الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا
صعيدا طيبا قالوا فلم يجعل ها هنا وسطا بين الماء والصعيد وبقوله
عليه الصلاة والسلام الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء عشر
حجج واذا وجد الماء فليمسه بشرته ولهم ان يقولوا ان هذا قد اطلق عليه
في الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضي نسخا فيعارضها الكتاب لكن
هذا مخالف لقولهم ان الزيادة نسخ

الباب الرابع في نواقض الوضوء

والاصل في هذا الباب قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط وقوله عليه
الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة من احدث حتى يتوضأ واتفقوا في هذا
الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي والودي لصحة
الآثار في ذلك اذا كان خروجها على جهة الصحة ويتعلق بهذا الباب مما
اختلفوا فيه سبع مسائل تجري منه مجرى القواعد لهذا الباب

المسألة الاولى اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من النجس على ثلاثة
مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج من النجس وحده من اي موضع خرج وعلى
اي جهة خرج وهو ابو حنيفة واصحابه واحمد والثوري وجماعة ولهم من
الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها
الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقيء الا البلغم عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة انه اذا ملأ الفم ففيه
الوضوء ولم يعتبر احد من هؤلاء اليسير من الدم الا مجاهد واعتبر قوم اخر
المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء
من اي شيء خرج من دم او حصاة او بلغم وعلى اي وجه خرج على سبيل الصحة

او على

او على سبيل المرض وممن قال بهذا القول الشافعي واصحابه ومحمد بن عبد الحكم من
اصحاب مالك واعتبر قوم اخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما
خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي
والودي والريح اذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا
في الدم والحصاة والدود وضوءا ولا في السلس وممن قال بهذا القول مالك
وجل اصحابه والسبب في اختلافهم انه لما اجمع المسلمون على انتقاض الوضوء
مما يخرج من السبيلين من غائط وبول ومذي وريح لظاهر الكتاب ولتظاهر
الآثار بذلك تطرق الى ذلك ثلاثة احتمالات احدها ان يكون الحكم انما
علق باعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله والا
حتمال الثاني ان يكون الحكم انما علق بهذه من جهة انها انجاس خارجة من البدن
لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس والاحتمال الثالث ان يكون الحكم
ايضا انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القولين
الاخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو
من باب الخاص اريد به العام ويكون عند مالك واصحابه انما هو من باب الخاص
المحمول على خصوصه فالشافعي وابو حنيفة اتفقا على ان الامر بها هو من باب
الخاص اريد به العام واختلفا اي عام هو الذي قصد به ومالك يرجح مذهبه بان الاصل
هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي يحتج بان
المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح التي تخرج من اسفل
وعدم الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة فكان هذا تنبيها
على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان في الصفة والرائحة وابو حنيفة
يحتج لان المقصود هو ازالة هذا الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة في الطهارة و
هذه الطهارة وان كانت طهارة حكمية فان فيها شبها من الطهارة المعنوية
اعني طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ وبما
روي عن عمر وابن عمر من ايجابهما الوضوء من الرعاف وبما روي من امره صلى الله عليه وسلم

المجموع من صح

المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان هذا كله عند ابي حنيفة الخارج النجس
وانما اتفق الشافعي وابو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق
عليها وان خرجت على جهة المرض لامره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل
صلاة للمستحاضة والاستحاضة مرض واما مالك فيرى ان المرض ها
هنا له تاثير في الرخصة قياسا ايضا على ما روي ان المستحاضة لم تومر الا
بالغسل فقط وذلك ان حديث فاطمة بنت ابي حبيش هذا هو متفق على
صحته ويختلف في هذه الزيادة فيه اعني الامر بالوضوء لكل صلاة ولكن
صححها ابو عمر بن عبد البر وقياسا على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع
مثل ما روي ان عمر رضي الله عنه صلى وجرحه يثعب دما

المسألة الثانية

اختلف العلماء في النوم على ثلاثة مذاهب فقوم راوا انه حدث فاوجبوا من
قليله وكثيره الوضوء وقوم راوا انه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا
اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر
الشك حتى ان بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتفقد حاله اعني
هل يكون منه حدث ام لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير
المستثقل فاوجبوا في الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء
الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال
من النوم اكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء في ذلك فقال
مالك من نام مضطجعا او ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان او قصيرا ومن
نام جالسا فلا وضوء عليه الا ان يطول ذلك به واختلف القول في مذهبه
في الراكع فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد واما الشافعي
فقال على كل نائم كيفما نام الوضوء الا من نام جالسا وقال ابو حنيفة
واصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعا واصل اختلافهم في هذه المسألة
اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك ان ها هنا احاديث يوجب ظاهرها
انه ليس في النوم وضوء اصلا كحديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل

16

الى ميمونة فنام عندها حتى سمعت غطيطه ثم صلى ولم يتوضا وقوله
عليه الصلاة والسلام اذا نعس احدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه
النوم فانه لعله يذهب ان يستغفر ربه فيسب نفسه وما روي ايضا ان اصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون
ولا يتوضؤون وكلها آثار ثابتة وها هنا ايضا احاديث يوجب ظاهرها ان
النوم حدث وابينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك انه قال كنا في سفر
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرنا ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام الا من جنابة
ولكن من غائط وبول ونوم فسوى بين البول والغائط والنوم صححه
الترمذي ومنها حديث ابي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام
اذا استيقظ احدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوئه فان
ظاهره ان النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء
عند من كان المعنى عنده في قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة
اي اذا قمتم من النوم على ما روي عن زيد بن اسلم وغيره من السلف فلما تعارضت
ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب
الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح اما اسقط الوضوء من النوم اصلا على ظاهر
الاحاديث التي تسقطه واما اوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث
التي توجبه ايضا اعني من ترجحت عنده هذه الاحاديث ومن ذهب مذهب الجمع
حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل
وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع اولى من الترجيح ما امكن الجمع عند اكثر
الاصوليين واما الشافعي فانما حملها على ان يستثني من هيئات النائم الجلوس
فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة اعني انهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضؤون و
يصلون وانما اوجبه ابو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث
مرفوع وهو انه عليه الصلاة والسلام قال انما الوضوء على من نام مضطجعا
والرواية بذلك ثابتة عن عمر واما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض

انما ينقض الوضوء من حيث يكون غالبا سببا للحدث راعى فيه ثلاثة اشياء
الاستثقال او الطول والهيئة فلم يشترط في الهيئة التي يكون منها خروج
الحدث غالبا الطول او الاستثقال واشترط في الهيئة التي لا يكون
خروج الحدث منها غالبا **المسألة الثالثة** اختلف العلماء في
ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد او بغير ذلك من الاعضاء الحساسة
فذهب قوم الى ان من لمس امراته بيده مفضيا اليها ليس بينها وبينه حجاب
ولا ستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم لمس ما وسواء
التذ او لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعي واصحابه الا انه مرة فرق بين
اللامس والملموس فاوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة ايضا
فرق بين ذوات المحارم والزوجة فاوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات
المحارم ومرة سوى بينهما وذهب اخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس
اذا قارنته اللذة او قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع بحائل او بغير
حائل اي عضو اتفق ما عدا القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة في ذلك وهو مذهب
مالك وجمهور اصحابه ونفى قوم ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب ابي
حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا اشتراط اللذة فاني لا اذكر احدا من الصحابة
اشترطها وسبب اختلافهم في هذه المسألة اشتراك اسم اللمس في كلام
العرب فان العرب مرة تطلقه على اللمس الذي هو باليد ومرة تكني به عن الجماع
فذهب قوم الى ان اللمس الموجب للطهارة في اية الوضوء هو الجماع في قوله
تعالى او لامستم النساء فلم تجدوا وذهب اخرون الى انه اللمس باليد ومن
هؤلاء من راه انه من باب العام اريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم
من راه من باب العام اريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط
اللذة فانما دعاه الى ذلك ما عارض عموم الاية ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج اهل الحديث حديث
حبيب بن ابي ثابت عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قبل بعض نسائه

نكتة

ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي الا انت فضحكت قال ابو عمر هذا
الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال ابو عمر
ابن عبد البر قال وروي هذا الحديث ايضا من طريق معبد بن نباتة وقال
الشافعي ان ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة لم ار فيها ولا في اللمس وضوءا
وقد احتج من اوجب الوضوء من اللمس باليد بان اللمس ينطلق حقيقة على
اللمس باليد وينطلق مجازا على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين الحقيقة
والمجاز فالاولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولاولئك ان
يقولوا ان المجاز اذا كثر استعماله كان ادل على المجاز منه على الحقيقة كالحال
في اسم الغائط الذي هو ادل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض
الذي هو فيه حقيقة والذي اعتقده ان اللمس وان كانت دلالته على المعنيين
بالسواء او قريبا من السواء انه اظهر عندي في الجماع وان كان مجازا لان الله
تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة والمس عن الجماع وهما في معنى اللمس
وعلى هذا التاويل في الاية يحتج بها في اجازة التيمم للجنب دون تقدم
ذكره فيها ولا يحتج على ما سبق بعد ويرتفع المعارضة التي بين الاثار
والاية على التاويل الاخر واما من فهم من الاية اللمسين معا فضعيف
فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك فانما تقصد به معنى واحدا من
المعاني التي تدل عليها لا جميع المعاني التي تدل عليها وهذا بين بنفسه
في كلامهم **المسألة الرابعة** مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة
مذاهب فمنهم من راى الوضوء فيه كيف ما مسه وهو مذهب الشافعي
واصحابه واحمد وداود ومنهم من لم ير فيه وضوءا اصلا وهو ابو حنيفة واصحابه
ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين وقوم فرقوا بين ان يمسه
بحال او لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افترقوا فرقا فمنهم من فرق فيه بين
ان يلتذ او لا يلتذ ومنهم من فرق بين ان يمسه بباطن الكف او لا يوجبوه
مع اللمس بظاهرها وهذان الاعتباران مرويان عن اصحاب مالك وكان

لاعتبار الظاهر راجع الى اعتبار سبب اللذة وجرى قوم في ذلك الى الفرق بين العمد
والنسيان فاوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو
مروي عن مالك وهو قول داود واصحابه ورأى قوم ان الوضوء من مسه
سنة لا واجب قال ابو عمر وهذا الذي استقر من مذهب مالك عند اهل
المغرب من اصحابه والرواية فيه عنه مضطربة وسبب اختلافهم في ذلك
ان فيه حديثين متعارضين احدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا مس احدكم ذكره فليتوضأ وهو
اشهر الاحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك في الموطأ
وصححه يحيى بن معين واحمد بن حنبل وضعفه اهل الكوفة وقد روي ايضا معناه
من طريق ام حبيبة وكان احمد بن حنبل يصححه وقد روي ايضا معناه من طريق
ابي هريرة وكان ابن السكن ايضا يصححه ولم يخرجه البخاري ولا مسلم
والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن علي قال قدمنا على رسول
الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كانه بدوي فقال يا رسول الله ما ترى
في مس الرجل ذكره بعد ان يتوضأ فقال وهل هو الا بضعة منك خرجه
ايضا ابو داود والترمذي وصححه كثير من اهل العلم الكوفيون وغيرهم
فذهب العلماء في تأويل هذه الاحاديث احد مذهبين اما مذهب الترجيح
او النسخ واما مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة او رآه ناسخا
لحديث طلق بن علي قال بايجاب الوضوء من مس الذكر ومن رجح حديث
طلق بن علي اسقط الوضوء من مسه ومن رام ان يجمع بين الحديثين اوجب
الوضوء منه في حال ولم يوجبه في حال او حمل حديث بسرة على الندب
وحديث طلق بن علي على نفي الوجوب والاحتجاجات التي يحتج بها كل واحد
من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها وهي موجودة في
كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما اشرنا اليه **المسألة الخامسة**
اختلف الصدر الاول في ايجاب الوضوء من اكل ما مسته النار لاختلاف

الحديث

الآثار

الآثار الواردة في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء
الامصار بعد الصدر الاول على سقوطه اذ صح عندهم انه عمل الخلفاء الاربعة
ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ترك الوضوء مما مسته النار خرجه ابو داود ولكن ذهب قوم من
اهل الحديث احمد واسحاق وطائفة غيرهم ان الوضوء يجب فقط من اكل لحم
الجزور لثبوت الحديث الوارد في ذلك عنه عليه الصلاة والسلام **المسألة
السادسة** شذ ابو حنيفة فاوجب الوضوء من الضحك في الصلاة
لمرسل ابي العالية وهو ان قوما ضحكوا في الصلاة فامرهم النبي صلى الله
عليه وسلم باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا
ولمخالفته للاصول وهو ان يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا
ينقضها في غير الصلاة وهو مرسل صحيح **المسألة السابعة** وقد
شذ قوم فاوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه اثر ضعيف من غسل ميتا
فليغتسل ومن حمله فليتوضأ وينبغي ان تعلم ان جمهور العلماء اوجبوا
الوضوء من زوال العقل باي نوع كان من قبل اغماء او جنون كان او سكر
وهذا كله قياسا على النوم اعني انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب
الوضوء في الحالة التي هي سبب للحدث غالبا وهو الاستثقال فاحرى
ان يكون ذهاب العقل سببا لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع
عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي ان نصير الى الباب الخامس
الباب الخامس وهو معرفة الافعال التي تشترط هذه الطهارة
في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم
الى الصلاة الآية وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة بغير
طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على ان الطهارة شرط من
شروط الصلاة لمكان هذا وان كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة
او من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك شرط في جميع الصلوات الا في صلاة

الجزور

الجنازة وفي السجود اعني سجود التلاوة فان قوما شذوا فاجازوا هذين بغير طهارة والسبب
في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على الجنازة وعلى السجود
فمن ذهب الى ان اسم الصلاة منطلق على صلاة الجنازة وعلى السجود نفسه
وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لا ينطلق
عليهما اذ كانت صلاة الجنازة ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود ايضا
ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترط هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب
مع هذه المسئلة اربع مسائل احداها هل هذه الطهارة شرط في مس
المصحف ام لا فذهب مالك وابو حنيفة والشافعي الى انها شرط في مس
المصحف وذهب اهل الظاهر الى انها ليست بشرط في ذلك والسبب في اختلافهم
تردد مفهوم قوله تعالى لا يمسه الا المطهرون بين ان يكون المطهرون هم
بنو ادم وبين ان يكونوا هم الملائكة وبين ان يكون هذا الخبر مفهومه
النهي وبين ان يكون خبرا لا نهيا فمن فهم من المطهرين بني ادم وفهم من
الخبر النهي قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط
وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس في الاية دليل على اشتراط
هذه الطهارة في مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا
سنة ثابتة بقي الامر على البراءة الاصلية وهي الاباحة وقد احتج
الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم ان النبي عليه الصلاة والسلام كتب
ان لا يمس القران الا طاهر واحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس في
وجوب العمل بها لانها صحيفة ورايت ابن المفوز يصححها لانها كتاب
النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك احاديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
واهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير
طهر لانهم غير مكلفين المسئلة الثانية اختلف الناس في ايجاب
الوضوء على الجنب في احوال احدها اذا اراد ان ينام وهو جنب فذهب
الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب اهل الظاهر الى وجوبه

لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر انه ذكر لرسول
الله صلى الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى
الله عليه وسلم توضا واغسل ذكرك ثم نم وهو ايضا مروي عنه من طريق
عائشة وذهب الجمهور الى حمل الامر بذلك على الندب والعدول به عن
ظاهره لمكان عدم مناسبة وجوب الطهارة لارادة النوم اعني المناسبة
الشرعية وقد احتجوا ايضا لذلك باحاديث اثبتها حديث ابن عباس ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فاتي بطعام فقالوا الا ناتيك
بطهر فقال أأصلي فاتوضا وفي بعض رواياته فقيل له الا تتوضا فقال ما اردت
الصلاة فاتوضا والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب
من اضعف انواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه الصلاة والسلام
كان ينام وهو جنب لا يمس الماء الا انه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا
في وجوب الوضوء على الجنب الذي يريد ان ياكل او يشرب وعلى الذي يريد ان
يعاود اهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة
الطهارة لهذه الاشياء وذلك ان الطهارة انما فرضت في الشرع
لاحوال التعظيم كالصلاة وايضا فلمكان تعارض الاثار في ذلك وذلك
انه روي عنه عليه الصلاة والسلام انه امر الجنب اذا اراد ان يعاود
اهله ان يتوضا وروي عنه اباحة ذلك المسئلة الثالثة ذهب
مالك والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب ابو حنيفة الى
اسقاطه والسبب في اختلافهم تردد الطواف بين ان يلحق حكمه بحكم الصلاة
او لا يلحق وذلك انه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض
الطواف كما منعها الصلاة فاشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في
بعض الاثار تسمية الطواف صلاة المسئلة الرابعة ذهب
الجمهور الى انه يجوز لغير متوضئ ان يقرا القران ويذكر الله وقال قوم لا
يجوز له ذلك الا ان يتوضا والسبب في الخلاف حديثان متعارضان ثابتان

احدهما حديث ابي جهم قال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بير جمل
فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى اقبل على الجدار فمسح بوجهه
ويديه ثم انه رد عليه السلام والحديث الثاني حديث علي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شيء الا الجنابة
فصار الجمهور الى ان الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من اوجب الوضوء
لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول **القول في الغسل** والاصل في
هذه الطهارة قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والكلام المحيط بقواعد هذه
فيحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب في اربعة ابواب الباب الاول
في معرفة العمل في هذه الطهارة والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة
والثالث في احكام نواقض هذه الطهارة والرابع في معرفة ما تفعل به
هذه الطهارة فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا اختلاف
في ذلك وكذلك لا اختلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء
بعينها وقد ذكرناها **الباب الاول** وهذا الباب يتعلق به اربع
مسائل **المسئلة الاولى** اختلف العلماء هل من شرط هذه
الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة اعضاء الوضوء ام
يكفي فيها افاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه عليه فاكثر
العلماء على ان افاضة الماء كافية في ذلك وذهب مالك وجل اصحابه
والمزني من اصحاب الشافعي الى انه ان جانب المتطهر موضع واحد من جسده
لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل والسبب في اختلافهم اشتراك اسم
الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة في صفة الغسل لقياس
الغسل في ذلك على الوضوء وذلك ان الاحاديث الثابتة التي وردت
في صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة
ليس فيها ذكر التدلك وانما فيها افاضة الماء فقط ففي حديث عائشة
قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة بدا فيغسل

يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضا وضوء الصلاة ثم
ياخذ الماء فيدخل اصابعه في اصول الشعر ثم يصب على راسه ثلاث غرفات
ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة في حديث ميمونة قريبة
من هذه الا انه اخر غسل رجليه من اعضاء الوضوء الى اخر الطهر وفي
حديث ام سلمة ايضا وقد سالته عليه الصلاة والسلام هل تنقض
ضفر راسها لغسل الجنابة فقال عليه السلام انما يكفيك ان تحثي
الماء على راسك ثلاث حثيات ثم تفيضي عليك الماء فاذا انت قد طهرت
وهو اقوى في اسقاط التدلك من تلك الاحاديث الاخر لانه يمكن ان يكون
هنالك الواصف لطهره قد ترك التدلك واما ها هنا فانما حصر لها
شروط الطهارة ولذلك اجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من
حديث ميمونة وعائشة هي اكمل صفاتها وان ما ورد في حديث ام سلمة
من ذلك فهو اركانها الواجبة وان الوضوء في اول الطهر ليس من شرط
الطهر فمن ذهب كما قلنا فذهب الى ظاهر الاحاديث وغلبوا ذلك على
قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب ذلك من قاس هذه
الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الاحاديث فاوجبوا التدلك
كالحال في الوضوء فمن رجح القياس صار الى وجوب التدلك ومن رجح
ظاهر الاحاديث على القياس صار الى اسقاط التدلك اعني بالقياس
قياس الطهر على الوضوء واما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه
ضعف اذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق في كلام العرب على المعنيين
جميعا على حد سواء **المسئلة الثانية** اختلفوا هل من شرط
هذه الطهارة النية ام لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي
واحمد وابو ثور وداود واصحابه الى ان النية من شرطها وذهب
ابو حنيفة واصحابه والثوري الى انها تجزئ بغير نية كالحال في الوضوء
عندهم وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء
وقد تقدم ذلك **المسئلة الثالثة** اختلفوا في المضمضة والاستنشاق

في هذه الطهارة ايضا اختلافهم في تقديم الوضوء لغسلها واجتنابه
لها فذهب قوم الى انها غير واجبة فيها وذهب قوم الى وجوبها و
ممن ذهب الى عدم وجوبها مالك والشافعي وممن ذهب الى وجوبها
ابو حنيفة واصحابه وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث ام سلمة
للاحاديث التي نقلت من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام في طهره
وذلك ان الاحاديث التي نقلت من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام
في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث ام سلمة ليس فيه امر
لا بمضمضة ولا باستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسرا لمجمل
حديث ام سلمة ولقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا اوجب المضمضة والا
ستنشاق ومن جعله معارضا جمع بينهما بان حمل حديث عائشة وميمونة
على الندب وحديث ام سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا
في تخليل الراس هل يجب في هذه الطهارة ام لا ومذهب مالك انه
مستحب ومذهب غيره انه واجب وقد عضد مذهبه من اوجب التخليل
بما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال تحت كل شعرة جنابة فانقوا
البشرة وبلوا الشعر المسألة الرابعة اختلفوا هل من شرط هذه
الطهارة الفور والترتيب ام ليس من شرطها كاختلافهم في ذلك في الوضوء
وسبب اختلافهم هل فعله عليه الصلاة والسلام في ذلك محمول على الوجوب
او على الندب فانه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام انه توضأ قط الا مرتبا
متواليا وقد ذهب قوم الى ان الترتيب في هذه الطهارة ابين منه في الوضوء
وفي الكتب الراس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ام
سلمة انما يكفيك ان تحثي على راسك ثلاث حثيات ثم تفيضي الماء على
جسدك وحرف ثم يقتضي الترتيب بلا خلاف بين اهل اللغة الباب
الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة والاصل في هذا الباب قوله
تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وقوله تعالى ويسألونك عن المحيض
قل هو اذى الاية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من شيئين

احدهما

احدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم او في اليقظة من ذكر كان او
انثى الا ما روي عن النخعي من انه كان لا يرى على المرأة غسلا من الاحتلام
وانما اتفق الجمهور على مساواة المرأة للرجل في الاحتلام لحديث ام سلمة
الثابت انها قالت يا رسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل
هل عليها غسل قال نعم اذا رأت الماء واما الحدث الثاني الذي
اتفقوا ايضا عليه فهو دم الحيض اذا انقطع وذلك ايضا لقوله تعالى
ويسألونك عن المحيض الاية ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها
من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجري مجرى الاصول في مسألتين
مشهورتين المسألة الاولى اختلف الصحابة رضي الله عنهم
في سبب ايجاب الطهر من الوطء فمنهم من رأى الطهر واجبا في التقاء الختانين
انزل او لم ينزل ومنهم من اوجبه مع الانزال فقط واكثر فقهاء الامصار مالك
واصحابه والشافعي واصحابه وجماعة من اهل الظاهر على ايجاب
الطهر من التقاء الختانين وذهب قوم من اهل الظاهر الى ايجاب
الطهر من الانزال فقط والسبب في اختلافهم في ذلك تعارض الاحاديث
في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان اتفق اهل الصحيح على تخريجهما
ومتى قلت ثابت فانما اعني به ما اخرجه البخاري ومسلم او ما اجتمعا
عليه احدهما حديث ابي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام
انه قال اذا قعد بين شعبها الاربع والزق الختان بالختان فقد وجب
الغسل والحديث الثاني حديث عثمان انه سئل فقيل له ارأيت الرجل
اذا جامع اهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته
من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين
احدهما مذهب النسخ والثاني مذهب الرجوع الى ما عليه الاتفاق
عند التعارض الذي لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا ان حديث ابي
هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم ما روي عن ابي بن كعب انه قال
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما جعل ذلك رخصة في اول الاسلام ثم
امر بالغسل خرجه ابو داود واما من رأى ان التعارض بين هذين الحديثين

نس

وهو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما والتي جمع فيه رجوع عثمان عنه وما عليه الاتفاق وهو وجوبه الماء من الماء وترجح الجمهور من جهة القياس وذلك انه لما وقع الاجماع ان مجاوزة الختان توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب للطهر وحكوا ان هذا القياس ماخوذ من الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ايضا حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجه مسلم

المسألة الثانية اختلف العلماء في الصفة المعتبرة في كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة وذهب الشافعي الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة او بغير لذة وسبب اختلافهم في ذلك شيئان احدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذي اجنب على الجهة الغير معتادة ام ليس ينطلق عليه فمن راى انه انما ينطلق على الذي اجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن راى انه ينطلق على خروج المني كيفما خرج اوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة والثاني تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهرا ام ليس يوجبه وسنذكر ذلك في باب الحيض وان كان من غير هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من اصل مجاريه بلذة ثم خرج في وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من الحمام بعد ان يتطهر فقيل يعيد الطهر وقيل لا يعيد وذلك ان هذا الفرع من الخروج صحبته اللذة في بعض نقلته ولم تصحبه في بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب

الباب الثالث في احكام هذين الحدثين اعني الحيض والجنابة اما احكام الحدث الذي هو الجنابة ففيه ثلاث مسائل المسألة الاولى اختلف العلماء في دخول الجنب المسجد على ثلاثة اقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك واصحابه وقوم منعوا ذلك الا لعابر فيه لا مقيم منهم الشافعي ومن اباح ذلك للجميع ومنهم داود واصحابه فيما احسب وسبب اختلاف الشافعي واهل الظاهر هو تردد

قوله تبارك وتعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى الاية بين ان يكون في الاية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة وبين ان لا يكون هنا محذوف اصلا وتكون الاية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذي عدم الماء وهو جنب فمن راى ان في الاية محذوفا اجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن في الاية عنده دليل على منع الجنب الاقامة في المسجد واما من منع العبور في المسجد فلا اعلم له دليلا الا ظاهر ما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا احل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند اهل الحديث قال المؤلف والحجة عندي في ذلك انما هي في حديث ام عطية الثابت وهو انها قالت امرنا تعني النبي صلى الله عليه وسلم ان نخرج في العيدين فنخرج الحيض والعواتق وذوات الخدور فاما الحيض فيشهدن جماعة المسلمين ودعوتهم ويعتزلن مصلاهم لانه حديث متفق عليه والحديث الاول مختلف فيه واختلافهم في الحائض في هذا المعنى هو اختلافهم في الجنب

المسألة الثانية مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا ان يمسه غير متوضئ وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في منع غير المتوضئ ان يمسه اعني قوله تعالى لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف في الاية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم في منع الحائض مسه

المسألة الثالثة قراءة القرآن للجنب اختلف الناس في ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى اباحته والسبب في ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث علي انه قال كان عليه الصلاة والسلام لا يمنعه من قراءة القرآن شيء الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئا لانه ظن من الراوي ومن اين يعلم احد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الا لو اخبره عليه الصلاة والسلام والجمهور

زلوا النبي بل لم يقول علي رضي الله عنه عن ... وهم والمكلف وانما قال
عن تخفيف وقوم جعلوا الفرق في هذا الاختلاف بين ان يكون الجنب وقوم فرقوا
بينهما فاجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضا
وهو مذهب مالك فهذه هي احكام الجنابة واما احكام الدماء الخارجة
من الرحم فالكلام المحيط باصولها ينحصر في ثلاثة ابواب احدها معرفة
انواع الدماء الخارجة من الرحم والثاني معرفة العلامات التي تدل على
انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر والاستحاضة ايضا الى الطهر
والباب الثالث معرفة احكام الحيض والاستحاضة اعني موانعهما ومو
جباتهما ونحن نذكر في كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل ما
يجري مجرى القواعد والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا اليه
مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه

الباب الاول

اتفق المسلمون
على ان الدماء التي تخرج من الرحم ثلاثة دم حيض وهو الخارج على جهة
الصحة ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وانه غير
دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام انما ذلك عرق وليس بالحيضة
ودم نفاس وهو الخارج مع الولد

الباب الثاني

واما
معرفة انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى
الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك في الاكثر تنبني على معرفة
ايام الدماء المعتادة وايام الاطهار ونحن نذكر منها ما يجري مجرى
الاصول وهي سبع مسائل

المسالة الاولى

اختلف العلماء
في اقل ايام الحيض واكثرها وفي اقل ايام الطهر واكثرها فروي عن مالك
ان اكثر ايام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعي وقال ابو
حنيفة اكثره عشرة ايام واما اقل ايام الحيض فلا حد لها عند
مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضا الا انها لا يعتد بها
في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي اقله يوم وليلة وقال ابو حنيفة

ع علامات

اقله

اقله ثلاثة ايام واما اقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك فروي
عنه عشرة ايام وروي عنه ثمانية ايام وروي عنه خمسة عشر يوما
والى هذه الرواية مال البغداديون من اصحابه وبه قال الشافعي
وابو حنيفة وقيل سبعة عشر يوما وهو اقصى ما انعقد عليه الاجماع
فيما احسب واما اكثر الطهر فليس له عندهم حد واذا كان هذا
موضوعا من اقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده حد محدود وجب
ان يكون ما كان اقل من ذلك الحد اذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة
ومن لم يكن لاقل الحيض عنده حد محدود وجب ان تكون الدفعة عنده
حيضا ومن كان ايضا عنده لاكثره حد محدود وجب ان يكون ما زاد على ذلك
الحد استحاضة ولكن محصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على
ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية اول دم تراه
الى خمسة عشر يوما فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال
الشافعي الا ان مالكا قال انها من حين تتيقن الاستحاضة وعند
الشافعي انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا اقل الحيض عنده
هو يوم وليلة وقيل عن مالك انها تعتد ايام لداتها ثم تستظهر بثلاثة
ايام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة واما المعتادة ففيها روايتان
عن مالك احداهما البناء على عادتها وزيادة ثلاثة ايام ما لم تجاوز
اكثر مدة الحيض والرواية الاخرى جلوسها الى انقضاء اكثر مدة الحيض
او تعمل على التمييز ان كانت من اهل التمييز وقال الشافعي تعمل على
ايام عادتها وهذه الاقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في
اقل الحيض واكثره واقل الطهر لا مستند لها الا التجربة والعادة
وكل انما قال من ذلك ما ظن ان التجربة اوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك
في النساء عسر ان يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في اكثر النساء
ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما اجمعوا بالجملة على ان الدم

أي أيامها أي أكثر مدة الحيض أنه استحاضة لقول رسول الله صلى الله
عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت أبي حبيش فإذا أقبلت الحيضة
فدعي الصلاة فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي و
المتجاوزة لأكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها وأما الشا
فعي ومالك رحمهما الله في المعتادة في أحد الروايتين عنه إلى أنها
تبني على عادتها لحديث أم سلمة الذي رواه في الموطأ أن امرأة كانت
تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها
أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لتنظر إلى عدد الليالي
والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها
فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فإذا خلفت ذلك فلتغتسل
ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل والعفو أحكم الحائض التي تستكمل في
الاستحاضة بحكم المستحاضة التي تستكمل في الحيض وأما الأيام
المتوالية أن تحتسب أيام لم أتمها إلا أيام لم أتمها شبيهة بأيامها
فجعل حكمها واحدا وأما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام
فمن شيء انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع
فقهاء الأمصار ما عدا الأوزاعي إذ لم يكن لهم ذلك ذكر في الأحاديث
الثابتة وقد روي في ذلك أثر ضعيف. المسألة الرابعة ذهب
مالك وأصحابه في الحائض التي تنقطع حيضتها وذلك بأن تحيض يوما
أو يومين وتطهر يوما أو يومين إلى أنها تجمع أيام الدم بعضها إلى
بعض وتلغي أيام الطهر وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراه
وتصلي فإنه لا تدري لعله الطهر فإذا اجتمع لها من أيام الدم
خمسة عشر يوما فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروي
عن مالك أيضا أنها تلغي أيام الدم وتحتسب بذلك أيام عادتها فإن
سال وتمادى استظهرت بثلاثة أيام فإن انقطع الدم وإلا فهي مستحاضة

رحمهما

أي أول ما ترى الطهر
وتغتسل في كل يوم

وجعل

24

وجعل الأيام التي لا ترى الدم فيها غير معتبرة في العدد لا معنى له فإنه
لا يخلو أن تلك الأيام أن تكون أيام حيض أو أيام طهر فإن كانت أيام حيض
يجب أن تلغيها إلى أيام الدم وإن كانت أيام طهر فليس يجب أن تلغي
أيام الدم إذ كان قد تخللها الطهر والذي على أصوله أنها أيام حيض
لا أيام طهر إذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين
فتدبر هذا فإنه بين إن شاء الله تعالى والجواب في الحيض وفي
النفاس تجري يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضي أيام الحيض وأيام
النفاس كما تجري ساعة أو ساعتين ثم ينقطع وأما من هو أيام الكمال
لأنهم ظنوا أن للحيض كمية محدودة في النساء وأن الكمال الذي يعتبر في
أيام محدودة إذا استوفيتها الدم فلما وجدوا أيام الانقطاع فيها
الدم تخلل عدة تلك الأيام المأمور بالصلاة فيها احتيط لها بأن
يكون الدم فيها قد انقطع واعتبرت بعدد الأيام التي تطهر فيها
الدم فيها والغت ما بينهما. المسألة الثالثة اختلفوا في
أقل النفاس وأكثره فذهب مالك إلى أنه لا حد لأقله وبه قال الشافعي
وذهب أبو حنيفة وقوم إلى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة
وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال
الحسن البصري عشرون يوما وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما
ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه ثابتون على
القول الأول وبه قال الشافعي وأكثر أهل العلم والصحابة أن أكثره
أربعون يوما وبه قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر الحالة في ذلك
أيام أشباهها من النساء فإذا جاوزتها فهي مستحاضة وفرق
قوم بين ولادة الذكر وولادة الأنثى فقالوا للذكر ثلاثون يوما
وللأنثى أربعون يوما وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك
بالتجربة لاختلاف أحوال النساء في ذلك ولأنه ليس هنا لك سنة

يحمل عليها كل الحالات اختلافهم في ايام الطهر والحيض

المسألة الرابعة

اختلف العلماء في الدم الذي تراه الحامل
هو حيض او استحاضة فذهب مالك والشافعي في الصحيح قوليه
وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب ابو حنيفة واحمد والثوري
وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر بها دم فساد وعلة
الا ان يصيبها الطلق فانهم اجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم
الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من احكامه ولمالك واصحابه في
معرفة اشتغال الحامل الحائض اذا تمادى بها الدم من حكم الحيض الى
حكم الاستحاضة اقوال مضطربة واحدها ان حكمها حكم الحائض
نفسها اعني اما ان تقعد اكثر ايام الحيض ثم هي مستحاضة
واما ان تستظهر بثلاثة ايام على ايامها المعتادة ما لم يكن مجموع
ذلك اكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد ضعف اكثر
ايام الحيض وقيل انها تضعف ايام اكثر الحيض بعدد الشهور
التي مرت لها ففي الشهر الثاني من حملها تضعف اكثر ايام الحيض مرتين
وفي الثالث ثلاث مرات وكذلك ما زادت الاشهر وسبب اختلافهم
في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامرين فانه مرة
يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة
وافرة والجنين صغيرا وبذلك امكن ان يكون حمل على حمل كما حكاه
ابقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذي تراه
الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لمرضها وضعفها في الاكثر
فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر دم علة

المسألة الخامسة

اختلف الفقهاء في الصفرة والكدرة هل هي حيض ام لا فرأت جماعة
انها حيض في ايام الحيض وبه قال ابو حنيفة والشافعي وروي
مثل ذلك عن مالك وفي المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض

وفي غير ايام الحيض رأت ذلك مع الدم او لم تره وقال داود وابو يوسف
ان الصفرة والكدرة لا تكون حيضة الا باثر الدم والسبب في اختلافهم
مخالفة ظاهر حديث ام عطية وذلك انه روي عن ام عطية انها قالت
ما كنا نعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا وروي عن عائشة ان النساء
كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيها الصفرة ودم الحيض
فيسألنها عن الصلاة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء فمن
رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء ظهرت في
ايام الحيض او في غير ايامها مع الدم او بلا دم فان حكم الشيء الواحد في نفسه
ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث ام عطية هو
بعد انقطاع الدم وحديث عائشة في اثر انقطاعه وان حديث عائشة
هو في ايام الحيض وحديث ام عطية في غير ايام الحيض وقد ذهب قوم
الى ظاهر حديث ام عطية ولم يروا الصفرة والكدرة شيئا لا في ايام حيض
ولا غيرها ولا باثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول الله صلى الله
عليه وسلم دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدرة ليست بدم
وانما هي من سائر الرطوبات التي ترخيها الرحم وهو مذهب ابي محمد بن حزم

المسألة السادسة

اختلف الفقهاء في علامة الطهر فرأى قوم
ان علامة الطهر رؤية القصة البيضاء او الجفوف وبه قال ابن حبيب من
اصحاب مالك وسواء كانت المرأة عادتها ان تطهر بالقصة البيضاء
او بالجفوف اي ذلك رأت طهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة من
عادتها ان تطهر بالقصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن
لا تراها فطهرها الجفوف وذلك في المدونة عن مالك وسبب اختلافهم
ان منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان
التي عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التي عادتها
القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لاصحاب مالك

المسئلة السابعة اختلف الفقهاء في المستحاضة اذا تمادى
بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض كما اختلفوا في الحائض اذا
تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال
مالك المستحاضة ابدا حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى
صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو
اكثر من اقل ايام الطهر فحينئذ يكون حيضا اعني اذا اجتمع لها هذان
الشيئان تغير الدم وان يمر لها في الاستحاضة من الايام ما يمكن
ان يكون طهرا والا فهي مستحاضة ابدا وقال الشافعي تعمل على
التمييز ان كانت من اهل التمييز وان كانت من اهل العادة عملت
على العادة وان كانت من اهلهما معا فله في ذلك قولان احدهما
تعمل على التمييز والثاني على العادة والسبب في اختلافهم ان ورود الا
حاديث فيه مختلفة احدها حديث عائشة عن فاطمة بنت ابي حبيش
ان النبي صلى الله عليه وسلم امرها وكانت مستحاضة ان تدع الصلاة
قدر ايامها التي كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذي اصابها ثم
تغتسل وتصلي وفي معناه ايضا حديث ام سلمة المتفق على تخريجه و
الحديث الثاني ما خرجه ابو داود من حديث فاطمة بنت ابي حبيش
انها كانت تستحاض فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان دم الحيض اسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة واذا
كان الاخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق وهذا الحديث صححه ابو
محمد بن حزم قال المؤلف فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم
من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح حديث ام سلمة
وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضي الله عنه اعتبر
عدد الايام فقط في الحائض التي تتمادى في الاستحاضة ولم يعتبرها
في المستحاضة التي تشك في الحيض اعني اذا لم تعلم موضعها من

وقال ابو حنيفة تقعد ايام عادتها ان كانت لها عادة
وان كانت مبتدأة قعدت اكثر الحيض وهو عشرة ايام

الشهر

الشهر اذا كان موضعها منه معلوما والقدر انما اعتبر في المستحاضة التي
تشك في الحيض واعتبر اللون في الحائض ولم يعتبره في المستحاضة وهو غريب
فتامله ومن رجح حديث فاطمة بنت ابي حبيش قال باعتبار اللون
ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضي ما يمكن ان يكون طهرا من
ايام الاستحاضة وهو مذهب مالك رضي الله عنه فيما حكاه عبد
الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث
الواحد هو للتي تعرف عدد ايامها من الشهر وموضعها والثاني للتي
تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى ان للتي ليس
من اهل التمييز ولا تعرف موضع ايامها من الشهر وتعرف عددها
او لا تعرف عددها الحالة ثالثة على حديث حمنة بنت جحش خرجه الترمذي
وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها انما هي ركضة من الشيطان
فتحيضي ستة ايام او سبعة في علم الله ثم اغتسلي وسياق الحديث
بكماله يعرف من كتب المصنف فهذه هي مشهورات المسائل
التي في هذا الباب وهي بالجملة راجعة الى اربعة مواضع احدها معرفة
انتقال الطهر الى الحيض والثاني معرفة انتقال الحيض الى الطهر والثالثة
معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة والرابع معرفة انتقال الاستحاضة
الى الحيض وهو الذي وردت فيه الاحاديث واما الثلاث فمسكوت عنها
اعني تحديدها وكذلك الامر في انتقال النفاس الى الاستحاضة **الباب
الثالث** وهو معرفة احكام الحيض والاستحاضة والاصل في هذا
الباب قوله تعالى ويسئلونك عن المحيض الاية والاحاديث الواردة في ذلك
[illegible] اتفق المسلمون على ان الحيض يمنع اربعة اشياء احدها
فعل الصلاة ووجوبها اعني انه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف
الصوم والثاني انه يمنع فعل الصوم لا قضاءه لحديث عائشة الثابت
انها قالت كنا نؤمر بقضاء الصيام ولا نؤمر بقضاء الصلاة وانما قال

بوجوب القضاء على الحايضة وللخوارج والثالث فيما احسب الطواف لحديث عايشة الثابت حين امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تفعل كلما يفعل الحاج غير ان لا تطوف بالبيت والرابع الجماع في الفرج لقوله عز وجل فاعتزلوا النساء في المحيض الاية واختلفوا من احكامهن في مسايل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس

المسألة الاولى

اختلف الفقهاء في مباشرة الحايض وما يستباح منها فقال مالك والشافعي وابو حنيفة له منها ما فوق الازار فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهري انما يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم اية الحيض وذلك انه ورد في الاحاديث الصحاح عن عايشة وميمونة وام سلمة انه عليه الصلاة والسلام كان يامر اذا كانت احداهن حايضا ان تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد ايضا من حديث ثابت عن انس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شيء بالحايض الا النكاح وذكر ابو داود عن عايشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حايض اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذي وحنيت عليه حتى دفئ وكان قد اوجعه البرد واما الاحتمال الذي في اية الحيض فهو تردد قوله عز وجل قل هو اذى فاعتزلوا النساء في المحيض بين ان يحمل على عمومه الا ما خصصه الدليل وان يكون من باب العام اريد به الخاص بدليل قوله عز وجل قل هو اذى والاذى انما يكون في موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم اعني انه كان الواجب عنده ان يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الاصوليين ومن كان عنده من باب

العام

العام اريد به الخاص رجح هذه الاية على الاثار المانعة مما تحت الازار وقوي عنده ذلك بالاثار المعارضة للاثار المانعة فيما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الاثار وبين مفهوم الاية على هذا المعنى المنبه عليه الخلاف الوارد فيها وهو كونها اذ حمل احاديث المنع لما تحت الازار على الكراهية واحاديث الاباحة ومفهوم الاية على الجواز ورجحوا تاويله هذا بانه قد دلت السنة على انه ليس من جسم الحايض شيء نجس الا موضع الدم وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سال عايشة ان تناوله الخمرة وهي حايض فقالت اني حايض فقال ان حيضتك ليست في يدك وما ثبت ايضا من ترجيلها راسه عليه الصلاة والسلام وهي حايض وقوله صلى الله عليه وسلم ان المومن لا ينجس

المسألة الثانية

اختلفوا في وطء الحايض في طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك رضي الله عنه والشافعي والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ان ذلك جايز اذا طهرت لاكثر امد الحيض وهو عنده عشرة ايام وذهب الاوزاعي الى انها ان غسلت فرجها بالماء جاز وكذلك كل حايض طهرت متى طهرت وبه قال ابو محمد بن حزم وسبب اختلافهم الاحتمال الذي في قوله عز وجل فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله هل المراد به الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض ام الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء فهل المراد به طهر جميع الجسد ام طهر الفرج فان الطهر في كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة معان وقد رجح الجمهور مذهبهم بان صيغة التفعل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا ما يكون من غيرهم فيكون قوله عز وجل فاذا تطهرن من الطهر بمعنى الغسل بالماء اشبه منه بالطهر الذي هو انقطاع الدم والاظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح ابو حنيفة مذهبه بان لفظ يطهرن في قوله عز وجل حتى يطهرن هو اظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في التطهر

بالماء والمسألة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى
حتى يطهرن معنى واحدا من هذه المعاني الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى
بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه ليس مما يمكن او يعكس او يجمع
في الاية بين معنيين من هذه المعاني مختلفين حتى يفهم من لفظ حتى
يطهرن النقي ويفهم من لفظ يتطهرن الغسل بالماء على ما جرت به
عادة المالكيين في الاحتجاج لمذهبهم فانه ليس من عادة العرب ان
تقول لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فاعطه
درهما بل انما يقول فاذا دخل الدار فاعطه درهما لان الجملة الثانية
موكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تاول قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن
على انه النقاء وقوله تعالى فاذا تطهرن على انه الغسل بالماء فهو بمنزلة
من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فاعطه
درهما وذلك غير مفهوم في كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون
تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهرن ويتطهرن فاذا تطهرن فاتوهن
من حيث امركم الله وفي تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه الا ان يقول
قائل ظهور لفظة التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا
يعارضه ظهور عدم الحذف في الاية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على
الحقيقة اولى من حمله على المجاز ولذلك اعترض المجتهد هاهنا اذا
انتهى بنظره الى هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما ترجح
عنده منهما على صاحبه عمل عليه واعني بالظاهرين ان يقايس بين
ظهور لفظ فاذا تطهرن في معنى الاغتسال بالماء وظهور عدم
الحذف في الاية اوان حيث ان يحمل لفظ يطهرن على ظاهره من النقاء
فاي الظاهرين كان عنده ارجح عمل عليه اعني اما ان لا يقدر في الاية
حذفا ويحمل لفظ فاذا تطهرن على النقاء او يقدر في الاية حذفا ويحمل
لفظ فاذا تطهرن على الغسل بالماء او يقايس بين لفظ فاذا تطهرن

في الاغتسال وظهور

وظهور لفظ يطهرن في النقاء فاي كان عنده اظهر ايضا من تاويل اللفظ
الثاني له عمل على انهما يدلان في الاية على معنى واحد اعني اما على معنى النقاء
واما على معنى الاغتسال بالماء وليس يبعد ان يطلع الشكل العقلي ان يتعين
في هذه الاشياء الراكن(؟) وهذا احتمالهم وفي مثل هذا الحال يسوغ ان يقال
كل مجتهد مصيب واما قول ابي حنيفة فضعيف في هذه المسألة
فضعيف

المسألة الثالثة اختلف الفقهاء في الذي ياتي امراته
في حال الحيض فقال الشافعي وابو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال
احمد بن حنبل يتصدق بدينار او بنصف دينار وقالت فرقة من اهل
الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف
دينار وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الاحاديث الواردة
في ذلك وذلك انه روي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم
في الذي ياتي امراته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروي عنه بنصف
دينار وكذلك روي ايضا في حديث ابن عباس هذا انه ان وطئ في الدم
فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وروي في هذا
الحديث يتصدق بخمسي دينار وبه قال الاوزاعي فمن صح عنده
شيء من هذه الاحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنده وهم
الجمهور عمل على الاصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل

المسألة الرابعة اختلف العلماء في المستحاضة فقوم اوجبوا
عليها طهرا واحدا فقط وذلك عندما ترى انه قد انقضت حيضتها
بان عرفت تلك العلامات التي تعرف على حسب مذهب هؤلاء في تلك
العلامات وهؤلاء الذين اوجبوا عليها طهرا واحدا انقسموا قسمين
فقوم اوجبوا عليها ان تتوضا لكل صلاة وقوم استحبوا ذلك ولم
يوجبوه عليها والذين اوجبوا عليها طهرا واحدا فقط هم مالك والشافعي
وابو حنيفة واصحابهم واكثر فقهاء الامصار واكثر هؤلاء اوجبوا

عليها ان تتوضا لكل صلاة وبعضهم لم يوجب ذلك عليها الا استحبابا
وهو من مذهب مالك وقوم اخرون منهم قالوا ان على المستحاضة ان تغتسل
لكل صلاة وقوم راوا ان الواجب ان تؤخر الظهر الى اول العصر ثم تغتسل
للصلاة الصبح فاوجبوا عليها ثلاثة اطهار في اليوم والليلة
وقوم راوا ان عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحد
له وقتا وهو مروي عن علي ومنهم من راى ان تغتسل من طهر الى طهر
فيتحصل في المسالة بالجملة اربعة اقوال قول انه ليس عليها الا طهر واحد
فقط عند انقطاع دم الحيض وقول ان عليها الطهر لكل صلاة وقول ان عليها
ثلاثة اطهار في اليوم والليلة وقول ان عليها طهرا واحدا في اليوم و
الليلة والسبب في اختلافهم في هذه المسالة هو اختلاف ظواهر
الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان الوارد في ذلك من الاحاديث المشهورة
اربعة احاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها اما
المتفق على صحته فحديث عائشة قالت جاءت فاطمة بنت ابي حبيش
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني امراة استحاض فلا اطهر
افادع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام لا انما ذلك عرق وليس
بالحيضة فاذا اقبلت الحيضة فدعي الصلاة واذا ادبرت فاغسلي عنك
الدم وصلي وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئي لكل صلاة وهذه الزيادة لم
يخرجها البخاري ولا مسلم وخرجها ابو داود وصححها قوم من اهل الحديث
والحديث الثاني حديث عائشة عن ام حبيبة بنت جحش امراة عبد الرحمن
بن عوف انها استحيضت فامرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل
صلاة فهذا الحديث هكذا اسنده ابن اسحاق عن الزهري واما سائر
اصحاب الزهري فانما رووا عنه انها استحيضت فسالت رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال انما هو عرق وليست بالحيضة وامرها
ان تغتسل وتصلي فكانت تغتسل لكل صلاة على ان ذلك هو الذي فهمت

وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى اخر وقتها واول وقت العشاء
وتغتسل غسلا ثانيا وتجمع بينهما ثم تغتسل ثالثا صح

لا انه

لا انه منقول من لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذه الطريق خرجه البخاري
واما الثالث فحديث اسماء بنت عميس انها قالت قلت يا رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان فاطمة ابنة ابي حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحدا وللمغرب والعشاء غسلا واحدا و
تغتسل للفجر وتتوضا فيما بين ذلك خرجه ابو داود وصححه ابو محمد بن حزم
واما الرابع فحديث حمنة ابنة جحش وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
خيرها بين ان تصلي الصلوات بطهر واحد عندما ترى انه قد انقطع دم الحيض
وبين ان تغتسل في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث اسماء بنت عميس
الا ان هذا ظاهره على الوجوب وهذا على التخيير فلما اختلفت ظواهر
هذه الاحاديث ذهب الفقهاء في تاويل هذه الاحاديث اربعة مذاهب
مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق
بين الجمع والبناء ان الباني ليس يرى ان هنالك تعارضا فيجمع بين الحديثين
واما الجامع فانه يرى ان هنالك تعارضا في الظاهر فتامل هذا فانه
فرق بين اما من ذهب مذهب الترجيح فمن اخذ بحديث فاطمة ابنة ابي حبيش
لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره اعني من انه لم يامرها صلى الله عليه وسلم
ان تغتسل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات بغسل واحد ولا بشيء من تلك
المذاهب والى هذا ذهب مالك وابو حنيفة والشافعي واصحاب
هؤلاء وهم الجمهور ومن صحح هذه الزيادة الواردة فيه
وهو الامر بالوضوء لكل صلاة اوجب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم
يوجب ذلك عليها واما من ذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث
فاطمة وحديث ام حبيبة الذي من رواية ابن اسحاق تعارض اصلا وان الذي
في حديث ام حبيبة من الزيادة على ما في حديث فاطمة فان حديث
فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة
ام لا فاخبرها عليه الصلاة والسلام انه ليس بحيضة تمنع الصلاة

ولم يغن هذا وجوب الغسل لصلاة الا لكل صلاة والاصل انقطاع دم الحيض ف
حديث ام حبيبة امر على سبيل الندب وهو التكليف لكل صلاة لان الجمهور ان
يقولوا ان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ولو كان واجبا عليها الغسل
لكل صلاة لاخبرها به النبي ﷺ ف ويحتمل ان يقال انها كانت تعرف ذلك
مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض ف واما من حكم عليه
عليه الصلاة والسلام اعلامها بالغسل الواجب عليها عند انقطاع
دم الحيض فيحتمل ان قوله انما الغسل عليه لانه كان معلوما من سنته
عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب الغسل فاذا انه لم
يخبرها الا بما كانت به جاهلة والعبرة بالاصل الذي هو عدم وجوب
الغسل لكل صلاة الا ان يقتضي ... الزيادة في ذكر غسل في امر
وقت معين ... المسألة المشهورة هل الزيادة نسخ
او لا ف ... عليه الصلاة والسلام لها
بالغسل ... ومن قائله العلماء ف
اما من ذهب مذهب النسخ فقال ان حديث اسماء ... ناسخ
لحديث ام حبيبة واستدل على ذلك بما روي عن ... انه سهلة بنت
سهيل استحيضت وان رسول الله ﷺ امرها ان تغتسل لكل صلاة فلما جهدها ذلك امرها
بالغسل ... ان تجمع الظهر والعصر بغسل
واحد والمغرب والعشاء بغسل واحد وتغتسل للصبح ف واما
الفريق الذي ذهب مذهب الجمع فقالوا ان حديث فاطمة ... محمول
على التي تعرف ايام الحيض من ايام الاستحاضة وحديث ام حبيبة محمول
على التي لا تعرف ذلك فامرها بالغسل في كل وقت احتياطا للصلاة وذلك
انها اذا قامت الى الصلاة يحتمل ان تكون حائضا ... فيجب عليها الغسل
لكل صلاة ف واما حديث اسماء بنت عميس فمحمول على التي لا تميز ايام
الحيض من ايام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها في وقت ما

اذا انقطع عنها الدم وجب عليها ان تغتسل وتصلي ... الغسل لكل يوم
وهنا فرق ذهبوا مذهب الترجيح بين حديث حبيبة واسماء ف وحجتهم
ان الذي ... ووجه ان رسول الله ﷺ ... لها
وهو ولا منع من قال ان الحيض ... الغسل الذي لا تعرف ايام حيضها ومنع
من قال هي المستحاضة ... لا انها ... او غير ... ولا
فرق فاعرف في المسألة الا ان ... وحديث ... او ... او النفي
بين ان ... الصلاة لكل ... واحد ... في الصوم والليلة ثلاث
مرات ف واما ... الواجب ان ... في كل ... من ... ولعلم
ان الوجوب في ... الشك ... في ... لا
المسألة الخامسة اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على
ثلاثة اقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذي عليه فقهاء الامصار وهو
مروي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم
ليس يجوز وطؤها وهو مروي عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال
قوم لا ... الا ان يطول ذلك بها وبه قال احمد بن حنبل ف
وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هي رخصة لمكان تاكيد وجوب
الصلاة ام انما ابيح لها الصلاة لان حكمها حكم الطاهر فمن رأى ذلك رخصة
لم يجز للزوج ان يطأها ومن رأى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر اباح لها
ذلك وهي في العلة مسكوت عنها ف واما التفريق بين الطول وغير الطول
فاستحسان

كتاب التيمم

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل
بالجملة على سبعة ابواب الباب الاول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة
بدل منها الباب الثاني في معرفة من تجوز له هذه الطهارة الباب الثالث في
معرفة شروط جواز هذه الطهارة الباب الرابع في صفة هذه الطهارة الباب
الخامس فيما ينقض هذه الطهارة الباب السادس فيما تصنع به هذه الطهارة
الباب السابع في الاشياء التي هذه الطهارة شرط في صحتها او في استباحتها

الباب الاول

اتفق العلماء ان هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى

اذا انقطع

واختلفوا في الكبرى فروي عن عمر وابن مسعود انهما كانا لا يريان التيمم بدلا من
الكبرى وكان علي وغيره من الصحابة يرون التيمم يكون بدلا من الطهارة
الكبرى وبه قال عامة الفقهاء والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في اية
التيمم وانه لم يصح عندهم الاثار الواردة في التيمم للجنب اما الاحتمال الوارد
في الاية فلان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا يحتمل ان يعود الضمير فيه
على المحدث حدثا اصغر فقط ويحتمل ان يعود عليهما معا لكن من كان الملامسة
عنده في الاية الجماع فالاظهر عنده انه عائد عليهما ومن كانت الملامسة عنده
هي اللمس باليد في قوله او لامستم النساء فالاظهر انه انما يعود
الضمير عنده على المحدث حدثا اصغر فقط اذ كانت الضماير انما تعود ابدا
على اقرب مذكور الا ان يقدر في الاية تقديما حتى يكون التقدير هكذا يا ايها
الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة او جاء احد منكم من الغائط او لامستم
النساء فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم
وارجلكم الى الكعبين وان كنتم جنبا فاطهروا وان كنتم مرضى او على
سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ومثل هذا ليس ينبغي ان يصار
اليه الا بدليل فان التقديم والتاخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة اولى
من حمله على المجاز وقد يظن ان في الاية شيئا يقتضي تقديما وتاخيرا وهو
ان حملها على ترتيبها يوجب ان المرض والسفر حدث لكن هذا لا يحتاج اليه
اذا قدرت او هاهنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول
الشاعر وكان سيان ان لا يسرحوا نعما او يسرحوه بها واغبرت السوح
فانه انما يقال سيان زيد وعمرو فهذا هو احد الاحتمالات التي اوجبت الخلاف
في هذه المسئلة واما الاثار التي وردت في هذا المعنى
فمنها ما خرجه البخاري ومسلم ان رجلا اتى عمر فقال اني اجنبت فلم اجد
الماء فقال لا تصل فقال عمار اما تذكر يا امير المومنين اذ انا وانت في سرية
فاجنبنا فلم نجد ماء فاما انت فلم تصل واما انا فتمعكت في التراب
وصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك ان تضرب بيديك ثم تنفخ

فيهما ثم تمسح

فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار فقال ان شئت لم احدث
به وفي بعض الروايات انه قال له عمر نوليك ما توليت وخرج مسلم عن شقيق
قال كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وابي موسى فقال ابو موسى يا ابا
عبد الرحمن ارايت لو ان رجلا اجنب فلم يجد الماء شهرا كيف يصنع بالصلاة
فقال عبد الله لابي موسى لا يتيمم وان لم يجد الماء شهرا فقال ابو موسى
فكيف بهذه الاية في سورة المائدة فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا
فقال عبد الله لو رخص لهم في هذه الاية لاوشك اذا برد عليهم الماء ان
يتيمموا بالصعيد فقال ابو موسى الم تسمع لقول عمار وذكر الحديث
المتقدم فقال عبد الله الم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور راوا
ان ذلك غير قادح في حديث عمار وعن عمران بن الحصين خرجه البخاري
وان نسيان عمر ليس مؤثرا في وجوب العمل بحديث عمار واحتجوا
استدلوا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام
جعلت لي الارض مسجدا وطهورا واما حديث عمران بن حصين فهو
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال يا
فلان ما منعك ان تصلي فقال يا رسول الله اصابتني جنابة ولا ماء فقال
عليه الصلاة والسلام عليك بالصعيد فانه يكفيك ولموضع هذا
الاحتمال اختلفوا هل لمن عدم الماء ان يطا اهله ام لا ابيح
ويجوز للجنب التيمم

الباب الثاني

واما من يجوز له هذه الطهارة
فاجمع العلماء انما تجوز لاثنين للمريض وللمسافر اذا عدما الماء
واختلفوا في اربعة المريض يجد الماء ويخاف من استعماله وفي الحاضر
يعدم الماء وفي الصحيح الذي يجد الماء فيمنعه من الخروج اليه
خوف او يخاف من استعماله شدة البرد فاما المريض الذي يجد الماء
ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز له التيمم وكذلك الصحيح
الذي يخاف الهلاك او المرض الشديد من برد الماء والذي يخاف من الخروج

الى الماء الا ان معظم اوجب عليه الاعادة اذا وجد الماء وقال عطاء
لا يتيمم المريض ولا غير المريض اذا وجد الماء واما الحاضر الصحيح
الذي يعدم الماء فذهب مالك والشافعي الى جواز التيمم له وقال
ابو حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر وان عدم الماء وسبب اختلافهم
في هذه المسائل الاربع التي هي قواعد هذا الباب اما في المريض الذي
يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل في الاية محذوف مقدر في
قوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر فمن قدر في الاية حذفا وان تقدير
الكلام وان كنتم مرضى لا تقدرون على استعمال الماء او ان الضمير في قوله تعالى
فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط اجاز التيمم للمريض الذي
يخاف من استعمال الماء ومن رأى ان الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماء
انما يعود على المريض والمسافر معا وانه ليس في الاية حذف لم يجز للمريض
اذا وجد الماء التيمم واما سبب اختلافهم في الحاضر الذي يعدم الماء
فهو احتمال الضمير ايضا الذي في قوله تعالى فلم تجدوا ماء ان يعود على
اصناف المحدثين اجاز التيمم للحاضرين ومن رأى انه عائد على المسافر
فقط او على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذي عدم الماء
واما اختلافهم في الخائف من الخروج الى الماء فسبب اختلافهم اختلافهم
في قياسه على عادم الماء وكذلك اختلافهم في الصحيح يخاف من برد
الماء السبب فيه هو اختلافهم في قياسه على المريض الذي يخاف من
استعمال الماء وقد احتج من ذهب القائلين بجواز التيمم للمريض بحديث
جابر في المشجوج الذي اغتسل فمات فقال عليه الصلاة والسلام
قتلوه قتلهم الله وكذلك يحتجوا ايضا في قياس الصحيح
الذي يخاف من برد الماء على المريض بما روي في ذلك ان عمرو بن العاص
انه اجنب في ليلة باردة فتيمم وتلا قوله تعالى ولا تقتلوا انفسكم
ان الله كان بكم رحيما فذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فلم يعنف

المجروح

الباب الثالث واما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث
مسائل هي قواعد الباب احدها هل النية شرط في هذه الطهارة ام لا والمسألة
الثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم عند عدم الماء والمسألة الثالثة
هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم ام لا اما المسألة الاولى فا
لجمهور على ان النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى
وشذ زفر فقال انها ليست تحتاج الى نية وقد روي ايضا عن الاوزاعي
والحسن بن حي وهو ضعيف واما المسألة الثانية فان مالكا
رضي الله عنه اشترط الطلب والشافعي ولم يشترطه ابو حنيفة
وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب
غير واجد للماء ام ليس يسمى غير واجد الا اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق في
هذا ان يقال ان المتيقن لعدم الماء بطلب متقدم واما بغير ذلك هو
عادم للماء واما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يجب القول
بتكرار الطلب الذي في المذهب في المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراط
انه اذا لم يكن هناك علم قطعي بعدم الماء واما المسألة الثالثة
وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعي
ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال ابو حنيفة واهل الظاهر وابن
شعبان من اصحاب مالك وسبب اختلافهم هل ظاهر مفهوم
اية الوضوء يقتضي ان لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت
لقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة الاية فاوجب الوضوء والتيمم عند
وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا ان
يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم الصلاة اعني انه كما ان الصلاة
من شرطها الوقت كذلك الامر في شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا
ان الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقي التيمم على اصله ام ليس يقتضي
هذا ظاهر مفهوم الاية وان ثم تقديرا في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا

تقدم الى الصلاة اذا ارتفع الفعل الى الصلاة وايضا فانه لو لم يكن
هنا الا محذوف لما كان يعم من الحكم الا ايجاب الوضوء والتيمم عند
وجوب الصلاة فقط لا انه لا يجزئ ان وقع قبل الوقت الا ان يقاس
على الصلاة فيعلق الحكم الاولى ان يقال في هذا ان سبب الخلاف فيه هو
قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء
اشبه فتامل هذه المسئلة فانها ضعيفة اعني من يشترط في صحته
دخول الوقت ويجعله من العبادة الموقتة فان التوقيت في العبادة
لا يكون الا بدليل سمعي وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء
من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه
العبادة موقتة لكن من باب انه ليس ينطلق اسم التيمم واجد للماء
الا عند دخول وقت الصلاة لانه ما لم يدخل وقتها امكن ان يطرا هو
على الماء او يطرا عليه الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم
اول الوقت او في وسطه او في اخره اعني الذي ها هنا مواضع فقط
فان الانسان ليس يقدر على الماء فيما قبل دخول الوقت ولا
الماء طار عليه وايضا فان قدرنا عدم الماء فليس يجب عليه الا نفس
التيمم فقط لا منع جواز صحته وتقديم الطهر وهو متمكن في الوقت
وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت اعني انه
قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم وبعد دخول الوقت لا يمنعه
وهذا كله لا ينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعي ويلزم على هذا
ان لا يجوز التيمم الا في اخر الوقت

الباب الرابع واما صفة
هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب

المسئلة الاولى اختلف العلماء في حد الايدي التي امر الله
بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وايديكم الى المرا
فق وذلك على اربعة اقوال القول الاول ان الحد الواجب في ذلك

هو الحد الواجب بعينه في الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه
قال فقهاء الامصار والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه
قال اهل الظاهر واهل الحديث والقول الثالث ان الاستحباب الى المرفقين
والفرض الكفان وهو مروي عن مالك والقول الرابع ان الفرض الى
المناكب وهو شاذ روي عن الزهري ومحمد بن مسلمة والسبب في اختلافهم
في اشتراك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب تقال
على ثلاثة معان على الكف فقط وهو الاظهر فيها استعمالا ويقال على
الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد والسبب
الثاني اختلاف الاثار في ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه
من طرقه الثابتة انما يكفيك ان تضرب بيديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما
وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه انه قال عليه الصلاة والسلام
وان تمسح بيديك الى المرفقين وروي ايضا من حديث ابن عمر وغيره
غير ذلك فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت
من جهة عضد القياس لها اعني من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه
حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد على الكف الذي هو فيه اظهر الى
الكف والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في
احدهما اظهر منه في الثاني فقد اخطا فان اليد وان كانت اسما مشتركا
فهو في الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك
هو مجمل وانما المشترك المجمل الذي وضع من اول امره مشتركا وفي هذا
قال الفقهاء انه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما نقول ان الصواب
هو ان يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو
ان يكون في الكف اظهر منه في سائر الاجزاء او يكون دلالته على سائر اجزاء الذراع
والعضد بالسواء فان كان اظهر فيجب المصير الى الاصل الذي هو الاظهر
الى ان يدل الدليل على غير الظاهر وان لم يكن اظهر فيجب الا خذ بالاثر الثابت
فاما ان يغلب القياس ها هنا على الاثر فلا معنى له ولا ان يرجح به ايضا

كل

احاديث لم تثبت بعد فالقول في هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتامله
واما من ذهب الى الاباط فانما ذهب لذلك لانه قد روي في بعض طرق
حديث عمار انه قال تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا
وايدينا الى المناكب ومن ذهب الى ان يحمل تلك الاحاديث على الندب
وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع اولى من الترجيح
عند اهل الكلام الفقهي الا ان هذا انما ينبغي ان يصار اليه اذا صحت
تلك الاحاديث **المسئلة الثانية** اختلف العلماء في عدد الضربات
على الصعيد للتيمم فمنهم من قال واحدة ومنهم من قال اثنتان والذين
قالوا اثنتان منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور و
اذا اطلقت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم اعني مالكا والشا
فعي وابا حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما اعني لليد
ضربتان وللوجه ضربتان والسبب في اختلافهم ان الاية مجملة في ذلك
والاحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء في جميع احواله غير
متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة
للوجه والكفين معا لكن هاهنا فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه
الاحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء **المسئلة الثالثة**
اختلف الشافعي مع مالك وابي حنيفة في وجوب توصيل التراب الى
اعضاء التيمم فلم ير ذلك ابو حنيفة واجبا ولا مالك ورأى ذلك
الشافعي واجبا وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من
في قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه ان من قد ترد للتبعيض
وقد ترد لتمييز الجنس فمن ذهب انها للتبعيض اوجب نقل التراب
الى اعضاء التيمم ومن رأى انها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجبا
والشافعي انما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء
ولكن يعارضه حديث عمار المتقدم لان فيه ثم تنفخ فيهما وتيمم رسول الله

صلى الله

صلى الله عليه وسلم وينبغي ان تعلم ان الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم
ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وسبب الخلاف
هاهنا هو السبب هنالك فلا معنى لاعادته **الباب الخامس** فيما
يصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك انهم اتفقوا على
جوازها بالتراب الحرث الطيب واختلفوا في جواز فعلها بما عدا التراب
من اجزاء الارض المتولدة عنها كالحجارة فذهب الشافعي الى انه لا يجوز
التيمم الا بالتراب الخالص وذهب مالك واصحابه الى انه يجوز التيمم
بكل ما صعد على وجه الارض من اجزائها في المشهور عنه الحصباء و
الرمل والتراب وزاد ابو حنيفة وقال بكل ما يتولد من الارض من
الحجارة مثل النورة والزرنيخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط
ان يكون التراب على وجه الارض وهم الجمهور وقال احمد بن حنبل يتيمم بغبار
الثوب واللبد والسبب في اختلافهم شيئان احدهما الاشتراك الذي في اسم
الصعيد في لسان العرب فانه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق
على جميع اجزاء الارض الظاهرة حتى ان مالكا واصحابه حملهم دلالة اشتقاق
هذا الاسم اعني الصعيد ان يجيزوا في احدى الروايات عنهم التيمم على
الحشيش وعلى الثلج قالوا لانه قد يسمى صعيدا في اصل التسمية اعني من
جهة صعوده على الارض وهذا ضعيف والسبب الثاني اطلاق اسم
الارض في جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها
بالتراب في بعضها وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لي الارض مسجدا
وطهورا فان في بعض رواياته جعلت لي الارض مسجدا وطهورا وفي
بعضها وجعلت لي تربتها طهورا وقد اختلف اهل الكلام الفقهي
هل يقضى بالمطلق على المقيد او بالمقيد على المطلق والمشهور عندهم ان
يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ومذهب ابي محمد بن حزم ان يقضى
بالمطلق على المقيد لان المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد

على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم الا بالتراب ومن
قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه الارض
من اجزائها اجاز التيمم بالرمل والحصباء واما اجازة التيمم بما يتولد
منها فضعيف اذ كان لا يتناوله اسم الصعيد فان اعم دلالة اسم الصعيد
ان يدل على ما يدل عليه الارض لا ان يدل على الزرنيخ والنورة ولا على الثلج
والحشيش والله الموفق للصواب والاشتقاق الذي في اسم الطيب
لكل واحد في الخلاف

الباب السادس

واما نواقض هذه الطهارة
فانهم اتفقوا على انه ينقضها ما ينقض الاصل الذي هو الوضوء والطهر
واختلفوا في ذلك في مسئلتين احداهما هل ينقضها ارادة صلاة
اخرى مفروضة غير المفروضة التي تيمم لها والمسئلة الثانية هل
ينقضها وجود الماء ام لا اما المسئلة الاولى فمذهب مالك فيها
ان ارادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الاولى ومذهب غيره خلاف
ذلك واصل هذا الخلاف يدور على شيئين احدهما هل في قوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة محذوف مقدر ام لا اعني اذا قمتم
من النوم او قمتم محدثين فمن راى ان ليس هنالك محذوف اصلا [illegible]
هنالك قال ظاهر الاية وجوب الوضوء والتيمم عند القيام لكل
صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقي التيمم على اصله
ولكن لا ينبغي ان يحتج بهذا المالكية لما من الكلام ان في الاية محذوفا
على ما رواه عن زيد بن اسلم في موطئه واما السبب الثاني فهو تكرار
الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو الاحتجاج لاصحاب مالك اعني
ان يحتج له بهذا وقد تقدم القول في هذه المسئلة ولم يتكرر عنده الطلب
وقد رى في الاية محذوفا وكلم من ارادة الصلاة مما ينقض التيمم واما
المسئلة الثانية فان الجمهور ذهبوا الى ان وجود الماء ينقضها و
ذهب قوم الى ان الناقض لها هو الحدث واصل هذا الخلاف هل وجود

الماء يرفع استصحاب الطهارة التي كانت بالتراب او يرفع ابتداء الطهارة
به فمن راى انه انما يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضها الا الحدث ومن راى انه
يرفع استصحاب الطهارة قال انه ينقضها فان حد الناقض هو الرافع
للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه
الصلاة والسلام جعلت لي الارض مسجدا وطهورا ما لم يجد الماء والحديث
محتمل فانه يمكن ان يقال ان قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يجد الماء يمكن
ان يفهم منه فاذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن ان
يفهم منه فاذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة والاقوى ما عند
الجمهور وهو حديث ابي سعيد الخدري وفيه انه عليه الصلاة والسلام قال
فاذا وجدت الماء فامسسه جلدك فان الامر محمول عند الجمهور المتكلمين
وان كان ايضا قد يتطرق اليه الاحتمال المتقدم فتامل هذا وقد حمل
الشافعي تسليمه ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة على ان قال ان
التيمم رافع للحدث اي ليس مغيرا للمنتقض الطهارة الرافعة للحدث
وانما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قد
سماه طهارة وقد ذهب قوم من اصحاب مالك الى هذا المذهب فقالوا
ان التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه الا الحدث والجواب ان
هذه الطهارة وجود الماء في حقها هو حدث خاص بها على القول بان الماء
ينقضها واتفق القائلون بان وجود الماء ينقضها على انه ينقضها
قبل الشروع في الصلاة وبعد الصلاة واختلفوا هل ينقضها طرؤه
في الصلاة فذهب مالك والشافعي وداود الى انه لا ينقض الطهارة
في الصلاة وذهب ابو حنيفة واحمد وغيرهما الى انه ينقض الطهارة
في الصلاة وهذا احوط للاصل لانه امر غير مناسب للشرع ان يوجد
شيء واحد ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة وبمثل
هذا تشنعوا مذهب ابي حنيفة فيما يراه من ان الضحك في الصلاة ينقض

الوضوء مع انه مستتر في الا الى الاثر وقد امر هذه المسألة فانها بينة
ولا حجة في الظواهر التي يراد بها الاحتجاج لهذا المذهب من قوله تعالى
ولا تبطلوا اعمالكم فان هذا لم يبطل الصلاة باختياره وانما ابطلها وجود
الماء كما لو احدث

الباب السابع

واتفق الجمهور على ان الافعال التي
هذه الطهارة شرط في صحتها هي الافعال التي الوضوء شرط في صحتها
من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك واختلفوا هل يستباح بها اكثر
من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك انه اذا [illegible] لا يستباح
بها صلاتان معا وقتا واداء واختلف قوله في الصلاتين المقضيتين
والمشهور عنه انه اذا كانت احدى الصلاتين فرضا والاخرى نفلا
انه ان قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما وذهب ابو حنيفة
الى انه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد واصل هذا الخلاف
هو هل التيمم يجب لكل صلاة ام لا اما من قبل ظاهر الاية كما نقول
واما من قبل وجوب تكرر الطلب واما من كليهما

كتاب الطهارة من النجس

والقول المحيط باصول هذه الطهارة وقواعدها
ينحصر في ستة ابواب الباب الاول في معرفة حكم هذه الطهارة
اعني في الوجوب او الندب اما مطلقا واما من جهة انها تشترط في
الصلاة الباب الثاني في معرفة انواع النجاسات الباب الثالث
في معرفة المحال التي تجب ازالتها عنها الباب الرابع في معرفة الشيء
الذي به تزال الباب الخامس في صفة ازالتها في محل محل الباب السادس
في اداب الاحداث

الباب الاول

والاصل في هذا الباب اما من
الكتاب فقوله تعالى وثيابك فطهر واما من السنة فآثار كثيرة ثابتة
منها قوله عليه الصلاة والسلام من توضأ فليستنثر ومن استجمر
فليوتر ومنها امره عليه الصلاة والسلام بغسل دم الحيض من
الثوب وامره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي وقوله عليه

الصلاة

عليه الصلاة والسلام في صاحبي القبر انهما ليعذبان وما يعذبان
في كبير اما احدهما فكان لا يستتر من البول واتفق العلماء لمكان هذه
السمع وغيره على ان ازالة النجاسة مامور بها في الشرع واختلفوا
هل ذلك على الوجوب او على الندب المؤكد وهو الذي يعبر عنه بالسنة
فقال قوم ان ازالة النجاسة واجبة وبه قال ابو حنيفة والشافعي
وقال قوم ازالتها سنة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هي
فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن مالك
واصحابه وسبب اختلافهم في هذه المسألة راجع الى ثلاثة اشياء
احدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى وثيابك فطهر هل ذلك
محمول على الحقيقة او محمول على المجاز والسبب الثاني تعارض
ظواهر الاحاديث في وجوب ذلك والسبب الثالث اختلافهم
في الامر والنهي الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة
من ذلك الامر او النهي قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب او
النهي من الحظر الى الكراهية ام ليست قرينة وانه لا فرق في ذلك
بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار من صار الى الفرق
في ذلك لان الاحكام المعقولة المعاني في الشرع اكثرها هي من
باب محاسن الاخلاق او من باب المصالح وهذه هي في الاكثر مندوب
اليها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال
الطهارة من النجاسة واجب ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب
لم ير فيها حجة واما الاثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحبي
القبر المشهور وقوله صلى الله عليه وسلم فيهما انهما ليعذبان وما يعذبان
في كبير اما احدهما فكان لا يستتر من بوله وظاهر هذا الحديث
يقتضي الوجوب لان العذاب لا يتعلق الا بالواجب واما المعارض له
فما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من انه رمي عليه وهو في الصلاة سلا

خارج الصلاة والعرق فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا انه لو كانت ازالة
النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ما
روي ان النبي عليه الصلاة والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلي
في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه نعالهم فانكر ذلك عليهم عليه
الصلاة والسلام وقال انما خلعتهما لان جبريل اخبرني ان فيهما قذرا
وظاهر هذا انه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة فمن
ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال اما بالوجوب ان رجح
ظاهر حديث الوجوب او الندب ان رجح ظاهر حديث الندب اعني
الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتها من باب الندب المؤكد ومن
ذهب مذهب الجمع فمنهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة ساقطة
مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقا وليست
من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة
انما تزال في الصلاة وكذلك الامر فرق بين العبادة المعقولة المعنى
وبين الغير معقولة اعني جعل الغير معقولة آكد في باب الوجوب
فرق بين الامر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد في الطهارة
من النجس لان الطهارة من النجس معقول ان المقصود بها النظافة
وذلك من محاسن الاخلاق واما الطهارة من الحدث فغير معقولة
المعنى مع ما اقترن بذلك من ان الصحابة كانوا يصلون في النعال مع انها لا تنفك من ان
يوطأ بها النجاسات غالبا ومما اجمعوا عليه من العفو عن اليسير
في بعض النجاسات

الباب الثاني

واما انواع النجاسات فان
العلماء اتفقوا من اعيانها على اربعة ميتة الحيوان ذي الدم الذي ليس
بمائي وعلى لحم الخنزير باي سبب اتفق ان تذهب حياته وعلى الدم
نفسه من الحيوان الذي ليس بمائي انفصل من الحي او من الميت اذا كان
مسفوحا اعني كثيرا وعلى بول ابن آدم ورجيعه واكثرهم على نجاسة

الخمر

الخمر وذلك الاختلاف بين بعض المحدثين واختلفوا في غير ذلك والقواعد من
ذلك مسائل **المسئلة الاولى** اختلفوا في ميتة الحيوان الذي لا دم له وفي
ميتة الحيوان البحري فذهب قوم الى ان ميتة ما لا دم له طاهرة وهو
مذهب مالك واصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم والتي
لا دم لها في النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعي
الا ما وقع الاتفاق على انه ليس بميتة مثل دود الخل وما يتولد في المطعومات
وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة ما لا دم له وهو
مذهب ابي حنيفة وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى
حرمت عليكم الميتة وذلك انهم فيما احسب اتفقوا على انه من باب العام
اريد به الخاص واختلفوا اي خاص اريد به فمنهم من استثنى من ذلك
ميتة البحر وما لا دم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم
من استثنى من ذلك ميتة ما لا دم له وسبب اختلافهم في هذه المستثنيات
هو سبب اختلافهم في الدليل المخصص اما من استثنى من ذلك ما لا دم له
فحجته مفهوم الاثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من امره بمقل
الذباب اذا وقع في الطعام قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس
لذلك علة الا انه غير ذي دم واما الشافعي فعنده ان هذا خاص بالذباب
لقوله عليه الصلاة والسلام فيه فان في احد جناحيه داء وفي الاخر دواء و
وهن الشافعي هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضي ان الميتة
والدم نوعان من انواع المحرمات احدهما تعمل فيه التذكية وهي الميتة
وذلك في الحيوان المباح الاكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما
مفترق فكيف يجوز ان يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة
وهذا قوي كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب في تحريم الميتة لما كان ترتفع
التحريم عن الحيوان بالذكاة وتبقى حرمة الدم الذي ينفصل بعد عن المذكى
وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع المسبب
ارتفع السبب الذي يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود

جليد له سببا وهذا ان الاثار الواردة ان يقع البحر ميتا عن عصير العنبر وجب
ضرورة ان يرتفع الاشكال ان كنا نعتقد ان الاشكال هو سبب الخلاف
واما من استثنى من ذلك الميتة البحر فانه ذهب الى الاثر الثابت في ذلك
من حديث جابر وفيه انهم اكلوا من الحوت الذي رماه البحر اياما وتزودوا منه
وانهم اخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم
وسألهم هل بقي منه شيء وذلك دليل على انه لم يجوز لهم لمكان
ضرورة خروج الزاد عنهم واحتجوا ايضا بقوله عليه الصلاة والسلام
هو الطهور ماؤه الحل ميتته واما ابو حنيفة فرجح عموم الاية على هذا
الاثر اما لان الاية مقطوع بها والاثر مظنون واما لانه رأى ان ذلك
رخصة لهم يعني حديث جابر او لانه احتمل عنده ان يكون الحوت
مات بسبب وهو رمي البحر به الى الساحل لان الميتة هو ما مات
من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولاختلافهم في هذا ايضا سبب
آخر وهو احتمال عودة الضمير في قوله تعالى وطعامه متاعا لكم
وللسيارة اعني ان يعود على البحر او على الصيد نفسه فمن اعاده على
البحر قال طعامه هو الطافي ومن اعاده على الصيد قال هو الذي احل فقط
من صيد البحر مع ان الكوفيين ايضا تمسكوا في ذلك باثر ورد فيه تحريم
الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف. المسألة الثانية وكذلك اختلفوا
في انواع الميتات كذلك اختلفوا في اجزاء ما اتفقوا عليه ميتة وذلك
انهم اتفقوا على ان اللحم من اجزاء الميتة ميتة واختلفوا في العظام
والشعر فذهب الشافعي الى ان العظم والشعر ميتة وذهب ابو
حنيفة الى انهما ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم
فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة وسبب اختلافهم هو اختلافهم
فيما ينطلق عليه اسم الحياة من افعال الاعضاء فمن رأى ان النمو
والتغذي هو من افعال الحياة قال ان الشعر والعظم اذا فقدت النمو
والتغذي فهي ميتة ومن رأى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال

ان الشعر

ان الشعر والعظم ليسا بميتة لانه لا حس لهما ومن فرق بينهما اوجب
للعظم الحس ولم يوجبه للشعر وفي حس العظم اختلاف بين الاطباء ومما
يدل على ان التغذي والنمو ليستا هي الحياة التي ينطلق على عدمها اسم الميتة
ان الجميع قد اتفقوا على ان ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة
واتفقوا على ان الشعر اذا قطع من الحي انه طاهر ولو انطلق اسم
الميتة على من فقد التغذي والنمو لقيل في النبات المقلوع انه ميتة
وذلك ان النبات فيه التغذي والنمو وللشافعي ان يقول ان التغذي
الذي ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذي الموجود في الحساس المسألة
الثالثة اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها
مطلقا دبغت او لم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو ان لا ينتفع بها اصلا
وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين ان تدبغ وبين ان لا تدبغ ورأوا ان
الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وابي حنيفة وعن مالك في ذلك
روايتان احداهما مثل قول الشافعي والثانية ان الدباغ لا يطهرها
ولكنه يستعمل في اليابسات والذين ذهبوا الى ان الدباغ مطهر اتفقوا
على انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان اعني المباح الاكل واختلفوا
فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي الى انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة
فقط وانه بدل منها في افادة الطهارة وذهب ابو حنيفة الى تأثير
الدباغ في جميع ميتات الحيوان ما عدا الخنزير وقال داود يطهر حتى جلد
الخنزير وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد
في حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه انه مر بميتة
فقال صلى الله عليه وسلم هلا انتفعتم بجلدها وفي حديث ابن عكيم
منع الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كتب ان لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته
بعام وفي بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ
والثابت في هذا الباب هو حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام

قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلمكان اختلاف هذه الاثار اختلف الناس في
تاويلها فذهب قوم الى مذهب الجمع على حديث ابن عباس اعني انهم فرقوا في
الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فا
خذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح
لحديث ميمونة وراوا انه يتضمن زيادة على ما في حديث ابن عباس وان
تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير
الطهارة اعني ان كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا اعني ان كل
ما ينتفع به فهو طاهر المسئلة الرابعة اتفق العلماء على ان دم
الحيوان البري نجس واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم
القليل من دم الحيوان غير البحري فقال قوم دم السمك طاهر وهو احد
قولي مالك ومذهب الشافعي وقال قوم هو نجس على اصل الدماء وهو
قول مالك في المدونة وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه وقال
قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور والسبب
في اختلافهم في دم السمك هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخلة
تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن اخرج ميتته اخرج دمه قياسا
على الميتة وفي ذلك اثر ضعيف وهو انه عليه الصلاة والسلام قال احلت
لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال واما اختلافهم في كثير
الدم وقليله فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق او بالمطلق على
المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقا في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة
والدم ولحم الخنزير وورد مقيدا في قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما
الى قوله او دما مسفوحا فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور
قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لان
فيه زيادة قال القليل والكثير حرام وايد هذا بان كل ما هو نجس لعينه
فلا يتبعض المسئلة الخامسة اتفق العلماء على نجاسة بول ابن ادم
ورجيعه الا بول الصبي الرضيع واختلفوا فيما سواهما من الحيوان فذهب

الشافعي

الشافعي وابو حنيفة الى انها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها
باطلاق اعني فضلتي سائر الحيوان البول والرجيع وقال قوم ابوالها
وارواثها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فابوالها نجسة وما
كان منها لحومها ماكولة فابوالها وارواثها طاهرة ما عدا التي تاكل
النجس وما كان منها مكروهة فابوالها وارواثها مكروهة وبهذا
قال مالك كما قال ابو حنيفة بذلك في الاسار وسبب اختلافهم
شيئان احدهما اختلافهم في مفهوم الاباحة الواردة للصلاة
في مرابض الغنم واباحته عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب ابوال
الابل والبانها وفي مفهوم النهي عن اعطان الابل والسبب الثاني
اختلافهم في قياس سائر الحيوان في ذلك على الانسان فمن قاس سائر
الحيوان على الانسان وراى انه من باب قياس الاولى والاحرى ولم يفهم من
اباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة ارواثها وابوالها جعل ذلك
عبادة وفهم من النهي عن الصلاة في اعطان الابل النجاسة وجعل اباحته
للعرنيين ابوال الابل وابوالها لمكان المداواة على اصله في
اجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة
الصلاة في مرابض الغنم طهارة ارواثها وكذلك من حديث العرنيين و
جعل النهي عن الصلاة في معاطن الابل عبادة او لمعنى غير معنى النجاسة
وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلتي الانسان مستقذرة
بالطبع وفضلتي بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة
للحوم والله اعلم ومن قاس على بهيمة الانعام غيرها جعل
الفضلات كلها ما عدا فضلتي الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة
محتملة ولولا انه لا يجوز احداث قول لم يتقدم اليه احد في المشهور وان
كانت مسئلة فيها خلاف لقيل ان ما ينتن منها ويستقذر بخلاف
ما لا ينتن ولا يستقذر وخاصة ما كان منها رائحته حسنة لاتفاقهم

ظ وارواثها

ع في الصلاة

مستقذرة

على إباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان البحر وكذلك
المسك وهو فضلة دم الحيوان الذي يوجد المسك فيه فيما يذكر. المسألة السادسة
اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة أقوال فقوم رأوا أن
قليلها وكثيرها سواء وممن قال بهذا القول الشافعي وقوم رأوا
أن قليل النجاسة معفو عنه وحددوه بقدر الدرهم البغلي وممن قال
بهذا أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال إن كانت النجاسة ربع الثوب
فما دونه جازت به الصلاة وقال فريق ثالث قليل النجاسة وكثيرها
سواء إلا الدم على ما تقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض روايتان
والأشهر مساواته لسائر الدماء وسبب اختلافهم اختلا
فهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بأن النجاسة
هنالك باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك
حدده بالدرهم قياسا على قدر المخرج ومن رأى أن ذلك رخصة
والرخص لا يقاس عليها منع ذلك وأما سبب استثناء مالك من
ذلك الدماء فقد تقدم وتحصيل مذهب أبي حنيفة أن النجاسات عنده
تنقسم إلى مغلظة ومخففة وأن المغلظة هي التي يعفى منها عن قدر
الدرهم والمخففة هي التي يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم
مثل أرواث الدواب وما لا تنفك منه الطرق غالبا وتقسيمهم إياها
إلى مغلظة ومخففة حسن جدا. المسألة السابعة اختلفوا في
المني هل هو نجس أم لا فذهبت طائفة منهم مالك وأبو حنيفة إلى أنه
نجس وذهبت طائفة إلى أنه طاهر وبهذا قال الشافعي وأحمد
وداود وسبب اختلافهم فيه شيئان أحدهما اضطراب الرواية في
حديث عائشة وذلك أن في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى
الله عليه وسلم من المني فيخرج إلى الصلاة وإن فيه لبقع الماء وفي بعضها أنها
كنت أفركه من ثوب رسول الله وفي بعضها فيصلي فيه خرج هذه الزيادة مسلم

المسك

والسبب

والسبب الثالث تردد المني بين أن يشبه بالأحداث الخارجة من البدن وبين
أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الأحاديث كلها
بأن حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة على أصله
في أن الفرك لا يطهر النجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة
لم ير نجسا ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان
بالأحداث عنده أشبه منه بما ليس بحدث قال إنه نجس وكذلك أيضا من اعتقد
أن النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو
مذهب أبي حنيفة وعلى هذا فلا حجة لأولئك بقولهم فيصلي فيه بل هو
حجة لأبي حنيفة في أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية
الباب الثالث وأما المحال التي تزال عنها النجاسة فثلاثة ولا خلاف
في ذلك أحدها الأبدان ثم الثياب ثم المساجد ومواضع الصلاة وإنما
اتفق العلماء على هذه الثلاثة لأنها منطوق بها في الكتاب والسنة
أما الثياب ففي قوله تعالى وثيابك فطهر على مذهب من حملها على الحقيقة
وفي الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه
الماء على بول الصبي الذي بال عليه وأما المساجد فلأمره عليه الصلاة
والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابي الذي بال في المسجد وكذلك
ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أمر بغسل المذي من البدن وغسل
النجاسة من المخرجين واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذي
أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث علي المشهور وقد سئل عن
المذي فقال يغسل ذكره ويتوضأ وسبب اختلافهم في ذلك هل الواجب
هو الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها فمن رأى الأخذ بأكثر ما ينطلق عليه الاسم
قال يغسل الذكر كله ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال إنما يغسل
موضع الأذى فقط قياسا على البول والمذي. الباب الرابع
وأما الشيء الذي تزال به فإن المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر

يزيلها او هي من المحال واتفقوا ايضا ان الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا
فيما سوى ذلك من المايعات والجامدات التي تزيلها فذهب قوم الى ان
كل ما كان طاهرا يزيل عين النجاسة مايعا كان او جامدا في اي موضع كانت
وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء
الا في الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم واجازوه بغير ذلك
مما ينقي واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم وذو حرمة كالخبز وقد قيل
عنه في استعمال السرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانقاء على
الاحجار فقط وهو مذهب اهل الظاهر وقوم اجازوا الاستجمار بالعظم
دون الروث وان كان مكروها عندهم وشذ الطبري فاجاز الاستجمار
بكل طاهر ونجس وسبب اختلافهم في ازالة النجاسة بما عدا الماء فيما
عدا المخرجين هل المقصود بازالة النجاسة بالماء هو اتلاف
عينها فقط فيستوي في ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها ام للماء في ذلك
مزيد خصوص ليس لغير الماء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال
بازالة النجاسة بالمايعات والجامدات الطاهرة وايد هذا المفهوم
بالاتفاق على ازالتها من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث
ام سلمة انها قالت انى امراة اطيل ذيلي وامشي في المكان القذر
فقال يطهره ما بعده وكذلك بالاثار التي خرج ابو داود في هذا مثل
قوله عليه الصلاة والسلام اذا وطئ احدكم الاذى بنعليه فان التراب
له طهور والى غير ذلك مما روي في هذا المعنى ومن راى ان للماء في ذلك
مزيد خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة فقط وهي المخرجان
ولما الزمت الحنفية الشافعية ان الخصوص المزيد الذي للماء
لم يات في ذلك الا انها عبادة احتج بقولهم بان يعقلوا في ذلك معنى
معقولا حتى انهم سلموا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول و
انما ازالته بمعنى شرعي حكمي وطال الخطب والجدال بينهم على ازالة

وعن ابي قول ابي حنيفة بزوال النجاسة بكل شيء مايع او جامد

الفيوح

النجاسة

النجاسة بالماء عبادة او معنى معقول خلفا عن سلف واضطرت الشا
فعية الى ان تثبت ان في الماء قوة شرعية في رفع احكام النجاسات ليست
في غيره وان استوى مع سائر الاشياء في ازالة العين وان المقصود انما
هو ازالة ذلك الحكم الذي اختص به الماء لا ازالة عين النجاسة بل قد
تزول العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا اتفقوا
قبل مع الحنفية ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية اعني
شرعية ولذلك لم تحتج الى نية ولو راموا الانفصال عن هذا بان في
ان في الماء قوة احالة الانجاس والادناس وقلعها من الثياب والابدان
ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس في تنظيف الابدان والثياب
لكان قولا جيدا وغير بعيد بل هو واجب ان يعتقد ان الشرع انما
اعتمد في كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء
ولو كانوا قالوا هذا القول لكانوا قد قالوا في ذلك قولا هو ادخل في مذهب
الفقه الجاري على المعاني وانما يلجا الفقيه الى ان يقول عبادة اذا ضاق
عليه المسلك مع الخصم فتامل ذلك فانه بين من امرهم في اكثر المواضع
واما اختلافهم في العظم والروث فسببه اختلافهم في مفهوم النهي الوارد
في ذلك عنه عليه الصلاة والسلام اعني نهيه عليه الصلاة والسلام
ان يستنجى بعظم او بروث فمن دل عنده النهي على الفساد لم يجز
ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية و
من لم يعده الى ابطال الاستنجاء به اجازه ومن فرق بين العظم والروث جعل
الروث علة نجس

الباب الخامس

واما الصفة التي بها تزول
فاتفق العلماء على انها غسل ومسح ونضح لورود ذلك في الشرع وثبوته
في الاثار واتفقوا على ان الغسل عام لجميع انواع النجاسات ولجميع محال
النجاسات وان المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين والـ
من العشب اليابس وكذلك الذيل ذيل المراة الطويل اتفقوا على ان طهارته

النعلين

هي على ظاهر حديث ام سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك
في ثلاثة مواضع هي اصول هذا الباب احدها في النضح لاي نجاسة هو
والثاني المسح لاي محل هو ولاي نجاسة هو بعد ان اتفقوا على ما ذكرنا
والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح اما النضح فان قوما قالوا
هو خاص بازالة بول الطفل الذي لم ياكل الطعام وقوم فرقوا بين بول
الذكر في ذلك والانثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الانثى
وقال قوم الغسل طهارة ما تيقن نجاسته والنضح طهارة ما
شك فيه وهو مذهب مالك بن انس رضي الله عنه وسبب اختلافهم
في تعارض ظواهر الاحاديث في ذلك اعني اختلافهم في مفهومها
وذلك ان هاهنا حديثين ثابتين في النضح احدهما حديث عائشة
ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم
ويحنكهم فاتي بصبي فبال عليه فدعا بماء فاتبعه بوله ولم يغسله و
في بعض رواياته فنضحه ولم يغسله خرجه البخاري والاخر حديث انس
المشهور حين وصف صلاته رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت مليكة فقال
فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بالماء فمن الناس
من صار الى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي
واستثناه من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة في
الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا الذي في حديث
انس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه واما الذين فرقوا
في ذلك بين بول الذكر وبول الانثى فانهم اعتمدوا ما رواه ابو داود عن
ابي السمح من قوله عليه الصلاة والسلام يغسل بول الجارية
ويرش من بول الصبي واما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الانثى على الذكر
الذي ورد فيه الحديث الثابت واما المسح فان قوما اجازوه في اي محل
كانت النجاسة اذا ذهب عينها على مذهب ابي حنيفة وكذلك

ما تيقن نجاسته

العين

العين على قياس من يرى ان كل ما ازال العين فقد طهر وقوم لم يجيزوه الا في
المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المراة وفي الخف وذلك من العشب
اليابس لان الاذى يمسح اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا
المسح الى غير المواضع التي جاء فيها الشرع واما الفريق الثاني فلم
يعدوه والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة او
حكم فمن قال رخصة لم يعدها الى غيرها اعني لم يقس عليها ومن قال
هو حكم من احكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه واما اختلافهم
في العدد فان قوما اشترطوا الانقاء فقط في الغسل والمسح وقوم
اشترطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشترطوه في الغسل
منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بنص السمع و
منهم من عداه الى سائر النجاسات اما الذين لم يشترطوا العدد لا في غسل
ولا في مسح فمنهم مالك وابو حنيفة واما من اشترط في الاستجمار
العدد اعني ثلاثة احجار لا اقل من ذلك فمنهم الشافعي واهل الظاهر
واما من اشترطه في العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو
غسل الاناء سبعا من ولوغ الكلب فالشافعي ومن قال بقوله واما
من عداه واشترطه في المسح وفي غسل النجاسات وفي اغلب ظني ان احمد
ابن حنبل منهم وابو حنيفة يشترط الثلاث في ازالة النجاسة الغير
محسوسة العين اعني الحكمية وسبب اختلافهم في هذا تعارض
المفهوم من هذه العبادة مع ظاهر اللفظ في الاحاديث التي ذكر فيها
العدد وذلك ان من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة
عينها لم يشترط العدد اصلا وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار
اعني في حديث سلمان الثابت الذي فيه الامر ان لا يستنجي باقل من ثلاثة
احجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع
من هذه الاحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الاناء من ولوغ
الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك واما من صار الى

ظواهر هذه الآثار واستثناها من المفهوم واقتصر بالعدد على هذه
الاعداد التي ورد العدد فيها واما من رجح الظاهر على المفهوم فانه عدى
ذلك الى سائر النجاسات واما اعتبار حقيقة هذه الثلاثة فقوله
عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده ثلاثا
قبل ان يدخلها في انائه

الباب السادس

واما اداب الاستنجا
ودخول الخلا فاكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب وهي معلومة من
السنة كالبعد في المذهب اذا اراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهي
عن الاستنجاء باليمين وان لا يمس ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد في الآثار
وانما اختلفوا من ذلك في مسئلة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة
للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة اقوال قول
انه لا يجوز ان تستقبل القبلة لغائط ولا لبول اصلا ولا في موضع من
المواضع وقول انه يجوز ذلك باطلاق وقول انه يجوز في المباني
والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المدن وغير المباني والسبب
في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان احدهما حديث ابي
ايوب الانصاري انه قال عليه الصلاة والسلام اذا اتيتم الغائط فلا
تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا والحديث
الثاني حديث عبد الله بن عمر انه قال رقيت على ظهر بيت اختي حفصة
فرايت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعدا لحاجته على لبنتين
مستقبل الشام مستدبر القبلة فذهب الناس في هذين الحديثين
ثلاثة مذاهب احدها مذهب الجمع والثاني مذهب الترجيح والثالث
مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض واعني بالبراءة
الاصلية عدم الحكم فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث ابي ايوب على
الصحاري وحيث لا سترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب
مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث ابي ايوب لانه اذا تعارض
حديثان احدهما فيه شرع موضوع والآخر موافق للاصل الذي هو عدم

الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتاخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت
للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذي ورد ايضا
من طريق العدول يمكن ان يكون قبل شرعية ذلك الحكم ويمكن ان يكون بعده
فلم يجز ان يترك شرعا وجب العمل به بظن لم يمكن ان توجب النسخ به
الا لو نقل انه كان بعده لان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة
بالشرع اعني التي توجب رفعها وايجابها وليست هي اي ظن
اتفق ... ما يقولون ان العمل انما يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع
به ... بذلك الشرع المقطوع به انه اوجب العمل بنوع ما من النوع
من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة ابي محمد بن حزم
الاندلسي وهي طريقة جيدة مبنية على اصول اهل الكلام الفقهي
وهي راجعة الى انه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعي واما
من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبني على ان الشك
يسقط الحكم ويرفعه وانه كلا حكم وهو مذهب داود الظاهري
ولكن خالفه ابو محمد في هذا الاصل مع انه من اصحابه فهذا هو الذي
راينا ان نثبته في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها تجري مجرى
الاصول وهي التي ينطق بها الشرع اكثر ذلك اعني ان اكثر ما
يتعلق بالمنطوق به اما تعلقا قريبا او قريبا من القريب وان تذكرنا
شيئا من هذا الجنس اثبتناه في هذا الباب واكثر ما عولنا فيما
نقلناه من نسبة هذه المذاهب الى اربابها على كتاب الاستذكار وانا
فقد ابيح لمن وقع من ذلك على وهم لي ان يصلحه والله المعين والموفق

كتاب الصلاة الاول

والصلاة بالجملة تنقسم اولا الى فرض وندب
والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجملة في اربعة اجناس
اعني اربع جمل الجملة الاولى في معرفة الوجوب وما يتعلق به والجملة
الثانية في معرفة شروطها الثلاثة اعني شروط الوجوب وشروط الصحة

وشروط الصحة والكمال والجملة الثالثة في معرفة ما يشتمل عليه من افعال
واقوال وهي الاركان والجملة الرابعة في قضايها ومعرفة اصلاح ما
يقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما اذ كان استدراكا لما فات

الجملة الاولى وهذه الجملة فيها اربع مسايل وهي في معنى
اصول هذا الباب المسألة الاولى في بيان وجوبها الثانية في بيان
عدد الواجبات منها الثالثة في بيان على من تجب الرابعة ما الواجب
على من تركها متعمدا **الاولى** اما وجوبها فبين من الكتاب
والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغني عن تكلف القول فيه
الثانية واما عدد الواجب منها ففيه قولان احدهما قول مالك
والشافعي والاكثر وهو ان الواجب هي الخمس الصلوات فقط
لا غير والثاني قول ابي حنيفة واصحابه ان الوتر واجب مع
الخمسة واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالسنة واجبا او فرضا لا
معنى له وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة اما الاحاديث التي
مفهومها وجوب الخمسة فقط بل هي نص في ذلك فمشهورة ثابتة
ومن اشهرها في ذلك ما ورد في حديث الاسرا المشهور انه لما بلغ الفرض
الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان امتك لا تطيق ذلك قال
فراجعته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل القول لدي وحديث
الاعرابي المشهور الذي سال النبي عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال
خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل علي غيرها قال لا الا ان تطوع
واما الاحاديث التي مفهومها وجوب الوتر فمنها حديث عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله زادكم صلاة
وهي الوتر فحافظوا عليها وحديث خارجة بن حذافة قال خرج علينا
رسول الله صلى الله عليه وسلم [فقال صح] ان الله امدكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم
وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وحديث

بريدة

بريدة الاسلمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس
منا فمن راى ان الزيادة هي نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ
بها ان تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث
وايضا فانه ثبت من قوله عليه السلام في حديث الاسرا انه لا يبدل القول
لدي وظاهره انه لا يزاد فيها ولا ينقص منها وان كان هو في النقصان
اظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار
التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل اوجب المصير
الى هذه الزيادة لا سيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لا توجب نسخا
لكن ليس هذا من راي ابي حنيفة **الثالثة** واما على من تجب فعلى
المسلم البالغ ولا خلاف في ذلك **الرابعة** واما من تركها عمدا
وامر بها فابى ان يصليها لا جحودا لفرضها فان قوما قالوا يقتل
وقوم قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من اوجب قتله
كفرا وهو مذهب احمد واسحاق وابن المبارك ومنهم من اوجبه حدا
وهو مذهب مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واهل الظاهر
ممن راى حبسه وتعزيره حتى يصلي والسبب في هذا الاختلاف اختلاف
الاثار انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل دم امرئ مسلم
الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان او زنا بعد احصان او قتل نفس بغير نفس
وروي عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة انه قال العهد الذي بيننا
وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي عليه الصلاة
والسلام انه قال ليس بين العبد وبين الكفر او قال الشرك الا ترك الصلاة
فمن فهم من الكفر هاهنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث كانه تفسير لقوله
عليه الصلاة والسلام كفر بعد ايمان ومن فهم هاهنا من الكفر التغليظ
والتوبيخ اي ان افعاله افعال كافر وانه في صورة كافر كما قال لا يزني
الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن

ثم قتله كفرا او حدا فاما من قال يقتل حدا فضعيف ولا مستند له الا قياس
شبه ضعيف ان امكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة
راس المامورات والقتل راس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما
ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك الصلاة معلوم انه ليس بمكذب
الا ان يتركها معتقدا لتركها هكذا فنحن اذا بين احد امرين اما ان
اردنا ان نفهم من الحديث الكفر الحقيقي فيجب علينا ان نتاول انه اراد
عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقدا لتركها فقد كفر واما
ان يحمل اسم الكفر على غير موضعه الاول وذلك على احد معنيين اما
ان حكمه حكم الكافر اعني في القتل وسائر احكام الكفار وان لم يكن مكذبا
واما على ان افعاله افعال كافر على جهة التغليظ والردع له اي ان فاعل
هذا يشبه الكافر في الافعال اذ كان الكافر لا يصلي كما قال عليه الصلاة
والسلام لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن واما حمله على ان حكمه في احكامه
حكم الكافر لا يجب المصير اليه الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد في الشرع
من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عليه دليل ان يحمل على الكفر الحقيقي
الذي هو التكذيب او يدل على المعنى المجازي لا على معنى يوجب حكما ثابتا
في الشرع بل يثبت هو هو وهو انه لا يحل دمه اذ هو خارج عن الخصال
الذي نص عليه الشرع فتامل هذا فانه بين والله اعلم اعني انه يجب علينا
احد امرين اما ان نقدر في الكلام محذوفا ان اردنا حمله على المعنى الشرعي
المفهوم من اسم الكفر واما ان نحمله على المعنى المستعار واما على
ان حكمه حكم الكافر في جميع احكامه مع انه مؤمن فشيء مفارق
للاصول مع ان الحديث نص في حق من يجب قتله كفرا او حدا ولذلك
صار هذا القول مقام قول من يكفر بالذنوب

الجملة الثانية

في الشروط وهذه الجملة فيها ثمانية فصول الفصل الاول في معرفة
الاوقات الثاني في معرفة الاذان والاقامة الثالث في معرفة القبلة

في اصح اقواله

الطهارة

الرابع في ستر العورة واللباس في الصلاة الخامس في اشتراط الطهارة
من النجس في الصلاة السادس في تعيين المواضع التي يصلى فيها من المواضع
التي لا يصلى فيها السابع في معرفة الشروط التي هي شروط في صحة الصلاة
الثامن في معرفة النية وكيفية اشتراطها في الصلاة

الفصل الاول

وهذا الفصل ينقسم اولا الى بابين الباب الاول في معرفة الاوقات المامور
بها الثاني في معرفة الاوقات المنهي عنها والباب الاول ينقسم الى قسمين
احدهما القسم الاول في الاوقات الموسعة والمختارة والثاني في اوقات
اهل الضرورة

القسم الاول

من الباب الاول والاصل في هذا الباب قوله
تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا واتفق المسلمون
على ان للصلوات اوقاتا خمسة هي شرط في صحة الصلاة وان منها اوقاتا
مضيقة واوقاتا موسعة واختلفوا في حدود اوقات التوسعة و
الفضل وفيه خمس مسائل

المسألة الاولى

اتفقوا على ان اول وقت
الظهر الذي لا تجوز قبله هو الزوال الا خلافا شاذا روي عن ابن عباس
والا ما روي من الخلاف في صلاة الجمعة على ما سيأتي واختلفوا منها
في موضعين في آخر وقتها الموسع وفي وقتها المرغب فيه فاما آخر
وقتها الموسع فقال مالك والشافعي وابو ثور وداود هو ان يكون
ظل كل شيء مثله وقال ابو حنيفة آخر الوقت ان يكون ظل كل شيء
مثليه في احدى الروايتين عنه وهو بعينه اول وقت العصر وقد روي عنه
ان آخر وقت الظهر هو المثل واول وقت العصر المثلان وان ما بين
المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر ولا لصلاة العصر وبه قال صاحباه
ابو يوسف ومحمد وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الاحاديث وذلك
انه ورد في امامة جبريل انه صلى بالنبي عليه السلام الظهر في اليوم
الاول حين زالت الشمس وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثله
ثم قال الوقت ما بين هذين وروي عنه عليه السلام انه قال انما بقاؤكم
فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس

اوتي اهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فا
عطوا قيراطا قيراطا ثم اوتي اهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فا
عطوا قيراطا قيراطا ثم اوتينا القران فعملنا الى غروب الشمس فا
عطينا قيراطين قيراطين فقال اهل الكتاب اي ربنا اعطيت هؤلاء
قيراطين قيراطين واعطيتنا قيراطا قيراطا ونحن كنا اكثر عملا
قال الله تعالى هل ظلمتكم من اجركم من شيء قالوا لا قال فهو فضلي
اوتيه من اشاء فذهب مالك والشافعي الى حديث امامة جبريل
وذهب ابو حنيفة الى مفهوم هذا الحديث وهو انه اذا كان من العصر
الى الغروب اقصر من اول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب
ان يكون اول العصر اكثر من قامة وان يكون هذا هو اخر وقت الظهر قال ابو
محمد بن حزم وليس كما ظنوا وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهي
من النهار الى تسع ساعات وكسر انا اشكك في الكسر والظن قال وتلك
وحجة من قال بانفصال الوقتين اعني اتصال الوقتين غير منقسم قوله عليه
الصلاة والسلام لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت اخرى وهو حديث
ثابت واما وقتها المستحب فذهب مالك الى انه للمنفرد اول
الوقت ويستحب تاخيرها عن اول الوقت قليلا في مساجد الجماعات
وقال الشافعي اول الوقت افضل الا في شدة الحر وروي مثل ذلك عن
مالك وقالت طائفة اول الوقت افضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفي
الحر والبرد وانما اختلفوا في ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان في
ذلك حديثين ثابتين احدهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتد
الحر فابردوا بالصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم والحديث الثاني
ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يصلي الظهر بالهاجرة وفي حديث
خباب انه قال شكونا اليه حر الرمضاء فلم يشكنا خرجه مسلم قال زهير
راوي الحديث قلت لابي اسحاق شيخه افي الظهر قال نعم قلت افي
تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الابراد اذ هو نص وتاولوا هذه

الاحاديث

الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعموم ما روي من
قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل اي الاعمال افضل قال الصلاة لاول
ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه اعني لاول ميقاتها
مختلف فيها المسألة الثانية اختلفوا في العصر في موضعين احدهما
في اشتراكها مع الظهر اعني وقت صلاة الظهر والثاني في اخر وقتها
فاما اختلافهم في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعي وداود وجماعة
على ان اول وقت العصر هو بعينه اخر وقت الظهر وذلك اذا صار ظل كل شيء
مثله الا ان مالكا يرى ان اخر وقت الظهر واول وقت العصر هو وقت مشترك
للصلاتين معا اعني بقدر ما يصلى فيه اربع ركعات واما الشافعي وابو
ثور وداود فاخر وقت الظهر عندهم هو الان الذي هو اول وقت العصر وهو
زمان غير منقسم وقال ابو حنيفة كما قلنا اول وقت العصر ان يصير ظل كل شيء
مثليه وقد تقدم سبب اختلاف ابي حنيفة معهم في ذلك واما سبب اختلافه
مالك مع الشافعي ومن قال بقوله في هذه فهو معارضة حديث جبريل في هذا
المعنى لحديث عبد الله بن عمرو وذلك انه جاء في امامة جبريل انه صلى بالنبي
عليه الصلاة والسلام الظهر في اليوم الثاني وفي حديث ابن عمر انه قال
عليه الصلاة والسلام وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر خرجه مسلم
فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبد الله لم
يجعل بينهما اشتراكا وحديث جبريل امكن ان يتصرف الى حديث
عبد الله من حديث عبد الله الى حديث جبريل لانه يحتمل ان يكون الراوي
تجوز في ذلك لقرب ما بين الوقتين وحديث امامة جبريل صححه الترمذي
وحديث ابن عمر خرجه مسلم واما اختلافهم في اخر وقت العصر فعن
مالك في ذلك روايتان احداهما ان اخر وقتها ان يصير ظل كل شيء مثليه
وبه قال الشافعي والرواية الثانية ان اخر وقتها ما لم تصفر الشمس
وهو قول احمد بن حنبل وقال اهل الظاهر اخر وقتها قبل غروب الشمس

بركعة والسبب في اختلافهم في ذلك ثلاثة احاديث متعارضة الظاهر
احدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه فاذا صليتم العصر فانه
وقت الى ان تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر ما لم تصفر
الشمس والحديث الثاني حديث ابن عباس في امامة جبريل وفيه
انه صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثليه والثالث
حديث ابي هريرة المشهور من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس
فقد ادرك العصر ومن ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك
الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل اخر وقتها المختار
المثلين ومن صار الى ترجيح حديث عبد الله بن عمر جعل اخر وقتها المختار
اصفرار الشمس ومن صار الى ترجيح حديث ابي هريرة قال وقت العصر الى
ان يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس كما قلنا وهم اهل الظاهر واما
الجمهور فسلكوا في حديث ابي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس
اذ كان معارضا لهما كل التعارض مسلك الجمع لان حديثي ابن عباس وابن
عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك الامر قال مالك مرة بهذا ومرة
بذلك واما الذي في حديث ابي هريرة فيعنون منها ومتعلقاتها وقالوا حديث ابي
هريرة انما خرج مخرج اهل الاعذار **المسألة الثالثة** اختلفوا في
المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات ام لا فذهب قوم الى ان وقتها
واحد غير موسع وهذا هو اشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي
وذهب قوم الى ان وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب
الشفق وبه قال ابو حنيفة واحمد وابو ثور وداود وقد روي هذا
القول عن مالك والشافعي وسبب اختلافهم في ذلك معارضة
حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان في حديث
امامة جبريل انه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبد
الله المتقدم ووقت صلاة المغرب ما لم يغب الشفق فمن رجح حديث

امامة

امامة جبريل جعل لها وقتا واحدا ومن رجح حديث عبد الله جعل لها
وقتا موسعا وحديث عبد الله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة
جبريل اعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام
عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في
حديث عبد الله من ذلك هو موجود ايضا في حديث بريدة الاسلمي خرجه
مسلم وهو اصل في هذا الباب قالوا وحديث بريدة اولى لانه كان
بالمدينة عند سؤال السائل عن اوقات الصلوات وحديث جبريل
كان في اول الفرض بمكة **المسألة الرابعة** واختلفوا في وقت العشاء
الاخرة في موضعين احدهما في اوله والثاني في اخره اما اوله فذهب
مالك والشافعي وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب ابو حنيفة
الى انه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة وسبب اختلافهم في هذه
المسألة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما ان الفجر فجران
كذلك الشفق شفقان احمر وابيض ومغيب الشفق الابيض يلزم ان
يكون بعده من اول الليل اما بقدر الفجر المستدق من اخر الليل اعني الفجر
الكاذب واما بقدر الفجر الابيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة
فالطوالع اذا اربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس
وكذلك يجب ان تكون الغوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من انه رصد
الشفق الابيض فوجده يبقى الى ثلث الليل صحيح ان يحمل على البياض
الاخير وحمله على انه البياض الاول كذب بالعيان والتجربة وذلك
انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت في حديث بريدة وحديث امامة جبريل
انه صلى العشاء في اليوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذ
هبهم بما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء عند
مغيب القمر في الليلة الثالثة ورجح ابو حنيفة مذهبه بما ورد من تاخير
العشاء واستحباب تاخيره وقوله عليه الصلاة والسلام لولا ان اشق

على أمتي لأخرت الصلاة إلى نصف الليل، وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه
على ثلاثة أقوال قول إنه ثلث الليل وقول إنه نصف الليل وقول إنه إلى
طلوع الفجر، وبالأول أعني ثلث الليل قال الشافعي وأبو حنيفة وهو
المشهور من مذهب مالك، وروي عن مالك القول الثاني أعني نصف
الليل، وأما الثالث فقول داود، وسبب الاختلاف في ذلك تعارض
الآثار، ففي حديث إمامة جبريل أنه صلاها بالنبي عليه الصلاة والسلام
في اليوم الثاني ثلث الليل، وفي حديث أنس أنه قال أخر النبي صلى الله عليه
وسلم العشاء إلى نصف الليل خرجه البخاري، وروي أيضا من حديث
أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال
لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى نصف الليل، وفي حديث أبي
قتادة ليس التفريط في النوم إنما التفريط في اليقظة أن تؤخر
الصلاة حتى يدخل وقت الأخرى، فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث
إمامة جبريل قال ثلث الليل، ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أنس
قال نصف الليل، وأما أهل الظاهر فاعتمدوا حديث أبي قتادة وقالوا
هو عام وهو متأخر عن حديث إمامة جبريل فهو ناسخ، ولو لم يكن ناسخا
لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب أن يصار إلى استصحاب
حال الإجماع، وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر واختلفوا
فيما قبل، فإنا روينا عن ابن عباس أن الوقت عنده إلى طلوع الفجر
فوجب أن يستصحب حكم الوقت إلا حيث وقع الاتفاق على خروجه
وأحسب أن به قال أبو حنيفة. المسألة الخامسة واتفقوا
على أن أول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس إلا
ما روي عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعي من أن آخر وقتها
الإسفار، واختلفوا في وقتها المختار، فذهب الكوفيون وأبو
حنيفة وأصحابه والثوري وأكثر العراقيين إلى أن الإسفار بها أفضل

وذهب

وذهب مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وأبو ثور وداود إلى أن التغليس
بها أفضل، وسبب اختلافهم اختلافهم في طريقة جمع الأحاديث المختلفة
الظواهر في ذلك، وذلك أنه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق
رافع بن خديج أنه قال أسفروا بالصبح فكلما أسفرتم فهو أعظم
للأجر، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال وقد سئل أي الأعمال أفضل
قال الصلاة لأول ميقاتها، وثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان
يصلي الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس
وظاهر الحديث أنه كان عمله في الأغلب، فمن قال إن حديث رافع خاص وقوله
الصلاة لأول ميقاتها عام والمشهور على الجواز وأنه إنما تضمن الإخبار
بوقوع ذلك منه لا أنه كان ذلك لأجل أنه أفضل قال إن الإسفار أفضل
من التغليس، ومن رجح حديث العموم لموافقته حديث عائشة له ولأنه
نص في ذلك أو ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لأنه يمكن أن يريد بذلك
تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم
الوارد في ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله، وأما من ذهب إلى أن
آخر وقتها الإسفار فإنه تأول الحديث في ذلك على حديث بريدة وفيه أنه
صلى الصبح في اليوم الأول حين انشق الفجر وفي الثاني حين أسفر ثم قال
الوقت بين هذين، وفي حديث أبي هريرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام
من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح، وذلك
أنهم تأولوا الحديث أنه لغير أهل الضرورات أعني قوله عليه الصلاة
والسلام من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح
وهو شبيه بما فعله الجمهور في العصر والعجب أنهم عدلوا عن ذلك في
هذا ووافقوا أهل الظاهر ولذلك لأهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق
بين ذلك. القسم الثاني من الباب الأول فأما أوقات الضرورة
والعذر فأثبتها كما قلنا فقهاء الأمصار ونفاها أهل الظاهر

إن الخاص يقضي على العام إذ هو مستثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا

جمهور

وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك واختلف هؤلاء الذين اثبتوها في ثلاثة
مواضع احدها في الصلوات التي لها هذه الاوقات ولاسيما الاخرى في والموضع
الثاني في حدود هذه الاوقات والثالث فيمن هم من اهل العذر الذين
رخص لهم في هذه الاوقات وفي احكامهم في ذلك اعني من وجوب الصلاة
ومن سقوطها **المسألة الاولى** اتفق مالك والشافعي على ان هذا
الوقت هو لاربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب
والعشاء كذلك واما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ما سيأتي في
بعد وخالفهم ابو حنيفة فقال هذا انما هو للعصر فقط وانه ليس
ها هنا وقت مشترك وسبب اختلافهم في ذلك هو جواز اختلافهم في
جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احداهما على ما سيأتي
بعد فمن تمسك بالنص الوارد في صلاة العصر اعني الثابت من قوله عليه
الصلاة والسلام من ادرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد
ادرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يجز الاشتراك في الجمع لقوله
عليه الصلاة والسلام لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولا
سيما كرهه بعض اصحاب الجمع من علة العذر فقال انه لا يكون هذا الوقت الا
لصلاة العصر فقط ومن اجاز الاشتراك في الجمع في السفر قاس عليه
اهل الضرورات لان المسافر ايضا صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت
مشتركا للظهر والعصر والمغرب والعشاء **المسألة الثانية**
اختلف مالك والشافعي في اخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو
للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار اربع ركعات للظهر للحاضر و
ركعتين للمسافر الى ان يبقى للنهار مقدار اربع ركعات للحاضر او
ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار اربع
ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتين للمسافر وجعل الوقت الخاص
بالعصر اما اربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنتان للمسافر

في الوقت

اعني انه من ادرك الوقت الخاص فقط لزمته الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت
ان كان ممن تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن ادرك اكثر من ذلك ادرك
الصلاتين معا او سقطتا عنه وجعل اخر الوقت الخاص بصلاة العصر
مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك جعل في الاشتراك في المغرب والعشاء الا ان
الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل طلوع
الفجر ومرة جعله للصلاة الاخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار اربع
ركعات وهو القياس وجعل اخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع
الفجر واما الشافعي فجعل حدود اواخر هذه الاوقات المشتركة حدا
واحدا وهو مقدار ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معا
ومقدار ركعة ايضا قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معا وقد
قيل عنه بمقدار تكبيرة اعني انه من ادرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد
لزمته صلاة الظهر والعصر معا واما ابو حنيفة فوافق مالكا في اخر
وقت العصر مقدار ركعة لاهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق
في الاشتراك والاختصاص وسبب اختلافهم اعني مالكا والشافعي
هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معا يقتضي ان لهما وقتين
وقت خاص بهما ووقت مشترك لهما او انما يقتضي ان لهما وقتا مشتركا فقط
وحجة [illegible] الشافعي ان الجمع انما دل على الاشتراك فقط لا على وقت
خاص واما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك في
وقت التوسعة اعني انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان
وقت مشترك ووقت خاص وجب ان يكون الامر كذلك في اوقات الضرورة
والشافعي لا يوافقه على الاشتراك في العصر في وقت التوسعة فلا جهة
[illegible] في هذه المسألة انما ينبني على خلافهم والمسألة في المسألة الاولى فاعلم
ذلك **المسألة الثالثة** واما اهل هذه الاوقات اعني اوقات الضرورة
فاتفقوا على انها الاربعة الحائض تطهر في هذه الاوقات او تحيض في هذه
الاوقات اعني الضرورية وهي لم تصل والمسافر يذكر الصلوات

في الظهر

في هذه الاوقات وهو حائض او الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر او الصبي يبلغ
فيها والكافر يسلم واختلفوا في المغمى عليه فقال الشافعي هو كالحائض
من اهل هذه الاوقات لانه لا يقضي عنده الصلاة التي ذهب وقتها وعند
ابي حنيفة انه يقضي الصلاة فيما دون الخمس فاذا افاق عنده من اغمايه
متى ما افاق قضى الصلاة وعند الاخرين انه اذا افاق في اوقات الضرورة
لزمته الصلاة التي افاق في وقتها واذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة
وسياتي مسالة المغمى عليه فيما بعد واتفقوا على ان المراة اذا طهرت
في هذه الاوقات انه يجب عليها الصلاة التي طهرت في وقتها فان طهرت عند مالك
وقد بقي من النهار اربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط
لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلاتان معا وعند الشافعي ان
بقي ركعة للغروب فالصلاتان معا كما قلنا او تكبيرة على القول الثاني
له وكذلك الامر عند مالك في المسافر الناسي يحضر في هذه الاوقات
او الحاضر يسافر في هذه الاوقات وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات
اعني تلزمه الصلاة وكذلك الصبي يبلغ والسبب في ان جعل مالك
الركعة حدا لاخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حدا مثل
التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام من ادرك ركعة من العصر
قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه
بالاقل على الاكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالاكثر على الاقل
وايد هذا بما روي من ادرك سجدة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك
العصر فلفهم من السجدة هنا جزءا من الركعة وفيه ضعف ودليل الاول على
قوله الذي قال فيه انه مراد به منع تأخيرها قبل الغروب او الطلوع
فقد ادرك الوقت ومالك يرى ان الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد
الفراغ من طهرها وكذلك الصبي يبلغ واما الكافر يسلم فيعتد له
بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغمى عند مالك
كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى ان الحائض اذا حاضت

في هذه الاوقات وهي لم تصل بجواز القضا ساقط عنها والشافعي يرى
ان القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى ان الصلاة تجب بدخول اول
الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن ان تقع فيه الصلاة
فقد وجبت عليها الصلاة الا ان يقال ان الصلاة انما تجب باخر الوقت
وهو مذهب ابي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول ابي حنيفة
اعني جاريا على اصوله لا على اصول قول مالك

الباب الثاني في الاوقات
المنهي عن الصلاة فيها وهذه الاوقات اختلف العلماء فيها في موضعين
احدهما في عددها والثاني في الصلوات التي يتعلق النهي عن فعلها فيها

المسألة الاولى اتفق العلماء على ان ثلاثة من الاوقات منهي عن الصلاة
فيها وهي وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح
حتى تطلع الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد
العصر فذهب مالك واصحابه الى ان الاوقات المنهي عنها هي اربعة
الطلوع والغروب وبعد الصبح وبعد العصر واجاز الصلاة عند الزوال
وذهب الشافعي الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهي عنها الا
وقت الزوال يوم الجمعة فانه اجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك
الصلاة بعد العصر وسبب الخلاف في ذلك احد شيئين اما
معارضة اثر لاثر واما معارضة الاثر للعمل عند من راعى العمل اعني
عمل اهل المدينة وهو مالك بن انس فحيث ورد النهي ولم يكن هنالك
معارض لا من قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا
اما اختلافهم في وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه الاثر وذلك انه ثبت
من حديث عقبة بن عامر الجهني انه قال عليه الصلاة والسلام ثلاث ساعات
ساعات
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا
حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل
وحين تميل الشمس للغروب خرجه مسلم وحديث ابي عبد الله الصنابحي

ومعناه ايضا ولكنه منقطع خرجه مالك في موطئه فمن الناس من ذهب
الى منع الصلاة في هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من
ذلك وقت الزوال اما باطلاق وهو مذهب مالك واما في يوم الجمعة فقط وهو
الشافعي اما مالك فلان العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط
ولم يجده على الوقت الثالث اعني الزوال اباح الصلاة فيه واعتقد ان ذلك
النهي منسوخ بالعمل واما من لم ير للعمل حجة بقي على اصله في المنع
وقد تكلمنا في العمل وقوته في كتابنا في الكلام الفقهي وهو الذي يدعى
باصول الفقه واما الشافعي فلما صح عنده ما روى ابن شهاب عن ثعلبة
ابن ابي مالك القرظي انهم كانوا في زمان عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة
حتى يخرج عمر ومعلوم ان خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح من حديث
الطنفسة التي كانت تطرح الى جدار المسجد الغربي فاذا غشي الطنفسة
كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ما رواه ايضا عن ابي هريرة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا
يوم الجمعة وقوى هذا الاثر عنده العمل في ايام عمر بذلك وان كان الاثر
عنده ضعيفا واما من رجح الاثر الثابت في ذلك فبقي على اصله في النهي
واما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة
في ذلك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين احدهما حديث ابي هريرة المتفق
على صحته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب
الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس والحديث الثاني
حديث عائشة قالت ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط
سرا ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث ابي
هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة او رآه ناسخا لانه العمل الذي
مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث ام سلمة معارض لحديث
عائشة وفيه انها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ركعتين بعد العصر

فسألته عن ذلك فقال انه اتاني ناس من عبد القيس بالاسلام من قومهم فشغلوني
عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان **المسألة الثانية** اختلف العلماء
في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات فذهب ابو حنيفة واصحابه الى انه لا يجوز
في هذه الاوقات صلاة باطلاق لا فريضة مقضية ولا سنة ولا نافلة الا
عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه واتفق
مالك والشافعي على انه يقضي الصلوات المفروضة في هذه الاوقات وذهب
الشافعي الى ان الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي النوافل فقط
التي تفعل لغير سبب وان السنن مثل صلاة الجنازة تجوز في هذه الاوقات
ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح اعني في السنن وخالفه في التي
تفعل بسبب مثل ركعتي المسجد فان الشافعي يجيز هذه الركعتين بعد العصر
والصبح ولا يجيزها مالك واختلف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع
والغروب وقال الثوري في الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي ما عدا
الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل في ذلك ثلاثة اقوال قول انها
الصلوات باطلاق وقول انها ما عدا المفروض سواء كانت سنة او نفلا
وقول انها النفل دون السنن على الرواية التي منع مالك فيها صلاة الجنازة
عند الغروب وقول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل
والسنن معا عند الطلوع والغروب وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في
الجمع بين العمومات المتعارضة في ذلك اعني الواردة في السنة واي يخصص
باي وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام اذا نسي احدكم الصلاة
فليصلها اذا ذكرها يقتضي استغراق جميع الاوقات وقوله في احاديث
النهي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضي ايضا عموم
اجناس الصلوات اعني المفروض والسنن والنوافل فمتى حملنا الحديثين
على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض وهو من جنس التعارض الذي يقع
بين العام والخاص اما في الزمان واما في اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء

في الزوال أعني استثناء الخاص من العام منع الصلاة بإطلاق في تلك الساعات
ومن ذهب إلى استثناء الصلوات المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم
النهي عن الصلاة فاعتمد حديث قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر
قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر وإنما استثنى الكوفيون عصر اليوم
من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك الصبح
لأجل النص الوارد فيها ولا يرد واحد الكبير أيضا من أدرك ركعة قبل
الطلوع بخروج الوقت المحظور والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت
المباح وأما الكوفيون فيلزم أن يقولوا إن هذا الحديث يدل على استثناء
الصلوات المفروضة من عموم النهي عن الصلاة التي تعلق النهي بها في تلك الأوقات
لا العصر اليوم ليس من حيث هي من الصلوات المفروضة ولكن الأكمل
أن يجوزوا في الصبح أو يسلموا أنه يقضي في الوقت المنهي عنه فإذا
الخلاف يرجع إلى أن المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب العام
أريد به العام أو من باب الخاص أريد به الخاص وذلك أن من رأى المجموع
من الكلفين في صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من
باب الخاص أريد به العام ومن رأى المجموع من الكلفين في العصر فقط
والصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص أريد به
الخاص وإذا تقرر الأكثر أن الأحاديث هاهنا ليس فيها على أن الصلوات
المفروضة هي المستثناة من النهي عن الصلاة العامة فالأقرب هاهنا
دليل فإنه مع الصلاة لا يعني فإنه على استثناء الزمان الخاص الوارد في
أحاديث الأمر من الصلاة العامة المنطوق بها في أحاديث النهي وهذا
بين فإنه إذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن
يصار إلى تغليب أحدهما إلا بدليل أعني استثناء خاص هذا من عام ذاك
وخاص ذاك من عام هذا وذلك بين والله أعلم
الفصل الثاني
وهذا الفصل ينقسم قسمين الأول في الأذان والثاني في الإقامة القسم الأول

ينحصر الكلام فيه في خمسة أبواب الأول في صفته الثاني في حكمه الثالث في وقته
الرابع في شروطه الخامس فيما يقوله السامع له
الباب الأول
اختلف العلماء في الأذان على أربع صفات مشهورة إحداها تثنية التكبير فيه وتربيع
الشهادتين وباقيه مثنى وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره واختار
المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن يثني الشهادتين أولا خفيا
ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت. والصفة الثانية أذان المكيين وبه
قال الشافعي وهو تربيع التكبير الأول والشهادتين وتثنية باقي
الأذان. والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الأول و
تثنية باقي الأذان وبه قال أبو حنيفة. والصفة الرابعة أذان البصريين
وهو تربيع التكبير الأول وتثليث الشهادتين وحي على الصلاة وحي
على الفلاح يبدأ بأشهد أن لا إله إلا الله حتى يصل حي على الفلاح ثم يعيد
كذلك مرة ثانية أعني الأربع كلمات تبعا ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن
البصري وابن سيرين. والسبب في اختلاف كل واحد من هؤلاء الأربع
اختلاف الآثار في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم
وذلك أن المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك في المدينة والمكيون
كذلك أيضا يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون
ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله أما تثنية التكبير في أوله على مذهب أهل
الحجاز فروي من طرق صحاح من أذان أبي محذورة وعبد الله بن زيد الأنصاري وتربيعه
أيضا مروي من أذان أبي محذورة من طرق أخر ومن عبد الله بن زيد قال الشافعي
وهي زيادة يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة. وأما الترجيع الذي
اختاره المتأخرون من أصحاب مالك فروي من طريق أبي قدامة قال أبو عمر
وأبو قدامة عندهم ضعيف. وأما الكوفيون فبحديث ابن أبي ليلى وفيه أن عبد
الله بن زيد رأى في المنام رجلا قام على جذم حائط وعليه بردان أخضران
فأذن مثنى وأقام مثنى وأنه أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقام بلال فاذن مثنى والذي خرجه البخاري في هذا الباب انما هو من حديث
انس فقط وهو ان بلالا امر ان يشفع الاذان ويوتر الا الاقامة الا قد قامت
الصلاة فانه يثنيها وخرج مسلم عن ابي محذورة على صفة اذان الحجازيين
ولمكان هذا التعارض الذي ورد في الاذان راى احمد بن حنبل وداود ان هذه
الصفات المختلفة انما وقعت على التخيير لا على ايجاب واحدة منها وان
الانسان مخير فيها واختلفوا في قول المؤذن في صلاة الصبح الصلاة خير
من النوم هل يقال فيها ام لا فذهب الجمهور الى انه يقال ذلك فيها وقال
اخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المسنون وبه قال الشافعي
وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل في زمان النبي عليه الصلاة والسلام
او في زمان عمر

الباب الثاني

اختلف العلماء في حكم الاذان هل هو
واجب او سنة مؤكدة وان كان واجبا فهل هو من فروض الاعيان او من فروض
الكفاية فقيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل
سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضا ولا سنة وقال بعض اهل الظاهر
هو واجب على الاعيان وقال بعضهم على الجماعة في سفر كانت او في حضر
وقال بعضهم في السفر واتفق الشافعي وابو حنيفة على انه سنة للمنفرد
والجماعة الا انه اكد في حق الجماعة قال ابو عمر واتفق الكل على انه سنة
مؤكدة او فرض على المصر لما ثبت ان رسول الله كان اذا سمع نداء لم يغر
واذا لم يسمعه اغار والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر
من الاثار وذلك انه ثبت ان رسول الله قال لمالك بن الحويرث ولصاحبه اذا
كنتما في سفر فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما وكذلك ما روي من اتصال
عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعات فمن فهم من هذا الوجوب مطلقا قال انه
فرض على الاعيان او على الجماعة وهو الذي حكاه ابن المغلس عن داود ومن
فهم منه الدعاء الى الاجتماع الى الصلاة قال انه سنة للمساجد او فرض
في المواضع التي يجتمع اليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين ان يكون

ذلك من افعال الصلاة المختصة بها او يكون المقصود هو الاجتماع

الباب الثالث

واما وقت الاذان فان اتفق الجميع على انه لا يؤذن للصلاة قبل
وقتها ما عدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي
الى انه يجوز ان يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك ابو حنيفة وقال قوم
لا بد للصبح اذا اذن لها قبل الفجر من اذان بعد الفجر من اذانين اذان قبل
الوقت واذان بعده وقال ابو محمد بن حزم لا بد لها من اذان بعد الوقت
وان اذن قبل الوقت جاز اذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الاول
ويصعد الثاني والسبب في اختلافهم انه ورد في ذلك حديثان متعارضان
احدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان
بلالا ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام مكتوم وكان ابن ام
مكتوم رجلا اعمى لا ينادي حتى يقال له اصبحت اصبحت والحديث الثاني
ما روي عن ابن عمر ان بلالا اذن قبل طلوع الفجر فامره النبي ان يرجع فينادي
الا ان العبد نام وحديث الحجازيين اثبت وحديث الكوفيين ايضا خرجه
ابو داود وصححه كثير من اهل العلم فذهب الناس في هذين الحديثين
اما مذهب الجمع واما مذهب الترجيح فاما من ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون
فانهم قالوا حديث بلال اثبت والمصير اليه اوجب واما من ذهب مذهب
الجمع فالكوفيون وذلك انهم قالوا يحتمل ان يكون نداء بلال في وقت يشك
فيه في طلوع الفجر لانه كان في بصره ضعف ويكون نداء ابن ام مكتوم في وقت
يتيقن فيه طلوع الفجر ويدل على ذلك ما روي عن عائشة انها قالت ولم يكن
بين اذانيهما الا قدر ما يهبط هذا ويصعد هذا واما من قال انه يجمع
بينهما اعني ان يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ما روي من ذلك في صلاة
الصبح خاصة اعني انه كان يؤذن لها قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ما روي من
ذلك في صلاة الصبح خاصة اعني انه كان يؤذن لها على عهد رسول الله مؤذنان
بلال وابن ام مكتوم

الباب الرابع

في الشروط وهذا الباب فيه مسائل

ثمان الجواب اما هل شرطه من اذن ان يكون هو الذي يقيم ام لا والثانية هل من
شرطه الاذان ان لا يتكلم في اثنائه ام لا والثالث هل من شرطه ان يكون على
طهارة ام لا والرابع هل من شرطه ان يكون متوجها الى القبلة او لا
والخامس هل من شرطه ان يكون قائما ام لا والسادس هل تكره اذان
الراكب ام ليس تكره والسابع هل من شرطه البلوغ ام لا والثامن
هل من شرطه ان لا ياخذ على الاذان اجرا ام يجوز له ان ياخذه واما
اختلافهم في الرجلين يؤذن احدهما ويقيم الاخر فاكثر فقهاء الامصار
على جواز ذلك وذهب بعض اهل الظاهر الى انه لا يجوز ذلك والسبب في الخلاف انه
ورد في هذا حديثان متعارضان احدهما حديث الصدائي قال اتيت
رسول الله فلما كان اول الصبح امرني فاذنت ثم قام الى الصلاة فجاء
بلال ليقيم فقال رسول الله ان اخا صداء اذن ومن اذن فهو يقيم
والحديث الثاني ما روي ان عبد الله بن زيد حين اري الاذان امر رسول الله
بلالا فاذن ثم امر عبد الله فاقام فمن ذهب مذهب النسخ
قال حديث عبد الله متقدم وحديث الصدائي متاخر ومن ذهب
مذهب الترجيح قال حديث عبد الله اثبت لان حديث الصدائي انما يدور
على عبد الرحمن بن زياد الافريقي وليس حجة عندهم واما اختلافهم
في الاجرة على الاذان فلمكان اختلافهم في تصحيح الحديث الوارد في ذلك
اعني حديث عثمان بن ابي العاص وفيه انه قال ان من اخر ما عهد الي
رسول الله ان اتخذ مؤذنا لا ياخذ على اذانه اجرا ومن منعه قاس
الاذان في ذلك على الصلاة واما سائر الشروط الاخر فسبب الخلاف فيها
هو قياس الاذان على الصلاة فمن قاسها على الصلاة اوجب تلك الشروط
الموجودة في الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك قال ابو عمر بن عبد البر
فروينا عن وائل بن [illegible] قال حق وسنة مسنونة ان لا يؤذن الا وهو
قائم ولا يؤذن الا على طهارة قال وابو وائل هو من الصحابة وقوله

سنة يدخل في المسند وهو اولى من القياس وقد خرج الترمذي عن ابي هريرة
انه عليه الصلاة والسلام قال لا يؤذن الا متوضي

الباب الخامس

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى ان يقول
ما يقول كلمة بكلمة الى اخر النداء وذهب اخرون الى انه يقول مثل
ما يقول المؤذن الا اذا قال حي على الصلاة حي على الفلاح فانه يقول
لا حول ولا قوة الا بالله والسبب في الاختلاف في ذلك تعارض الاثار
وذلك انه قد روي من حديث ابي سعيد الخدري انه عليه الصلاة و
السلام قال اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول وجاء من طريق
عمر بن الخطاب وحديث معاوية ان السامع يقول عند حي على الصلاة
حي على الفلاح لا حول ولا قوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح اخذ
بعموم حديث ابي سعيد الخدري ومن بنى العام على الخاص جمع بين الحديثين
وهو مذهب مالك بن انس المشهور من مذهبه ان الحكاية الى اخر
الشهادتين

القسم الثالث في الاقامة

واختلفوا في الاقامة في
موضعين في حكمها وفي صفتها اما حكمها فانها عند فقهاء الامصار
في حق الاعيان والجماعات سنة مؤكدة اكثر من الاذان وهي عند اهل
الظاهر فرض ولا ادري هل هي عندهم فرض على الاطلاق او فرض من فروض
الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى
الثاني تبطل وقال ابن كنانة من اصحاب مالك من تركها عامدا بطلت صلاته
والسبب هذا الاختلاف هو هل هي من الافعال التي وردت بيانا لمجمل
الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا
كما رايتموني اصلي ام هي من الافعال التي تحمل على الندب وظاهر حديث
مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضا في الجماعة واما على المنفرد
واما صفة الاقامة فعند مالك والشافعي اما التكبير الذي في اولها
فمثنى واما باقي الاقامة فواحدة الا قوله قد قامت الصلاة فانها عند
الشافعي مرتين وعند مالك واحدة واما الحنفية فان الاقامة عندهم

مثنى مثنى وهي أحمد بن حنبل بين الإفراد والتثنية على رأي الحنفيين في الإقامة
وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس وهذا المعنى وحديث ابن أبي ليلى
المتقدم وفي الأذان في حديث أنس الثابت أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر
الإقامة إلا قد قامت الصلاة وفي حديث ابن أبي ليلى أنه عليه الصلاة
والسلام أمر بلالا فأذن مثنى وأقام مثنى والجمهور على أنه ليس على النساء
أذان ولا إقامة وقال مالك إن أقمن فحسن وقال الشافعي إن أذن
وأقمن فحسن وقال إسحاق إن عليهن الأذان والإقامة وروي عن
عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر والخلاف آيل
إلى هل تؤم المرأة أو لا تؤم وقيل الأصل أنها في معنى الرجال في كل
عبادة إلا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم هي في بعضها كذلك وفي
بعضها يطلب الدليل

الفصل الثالث في القبلة

واتفق المسلمون
على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى ومن
حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام أما إذا أبصر البيت
فالفرض عندهم هو التوجه إلى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما
إذا غابت الكعبة عن الأبصار فاختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما
هل الفرض هو العين أو الجهة والثاني هل فرضه الإصابة أو الاجتهاد
أعني إصابة الجهة أو العين عند من أوجب العين فذهب قوم إلى أن
الفرض هو العين وذهب آخرون إلى أنه الجهة والسبب في اختلافهم
هل في قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام محذوف حتى يكون
تقديره ومن حيث خرجت فول وجهك جهة المسجد الحرام أم ليس
هاهنا محذوف أصلا وأن الكلام على حقيقته فمن قدر هنالك محذوفا قال
الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفا قال الفرض العين والواجب
حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز وقد يقال إن
الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام ما بين
المشرق والمغرب قبلة إذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسلمين

على الصف

على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على أن الفرض ليس هو العين أعني
إذا لم تكن الكعبة مبصرة والذي أقول إنه لو كان واجبا قصد العين
لكان حرجا وقد قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وإصابة
العين شيء لا يدرك إلا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال
الأرصاد المستنبط منها أطوال البلاد وأعراضها وأما المسألة
الثانية وهي هل فرض المجتهد في القبلة الإصابة أو الاجتهاد فقط
حتى يكون إذا قلنا إن فرضه الإصابة متى تبين له أنه أخطأ أعاد
الصلاة ومتى قلنا إن فرضه الاجتهاد لم يجب أن يعيد إذا تبين له
الخطأ وقد كان صلى قبل ذلك باجتهاده وأما الشافعي فذهب إلى أن فرضه
الإصابة وأنه إذا تبين له أنه أخطأ أعاد أبدا وقال قوم لا يعيد وقد
مضت صلاته إلا أن يتعمد أو صلى بغير اجتهاده وبه قال مالك وأبو
حنيفة إلا أن مالكا استحب له الإعادة في الوقت وسبب الخلاف
في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف أيضا في تصحيح الأثر
الوارد في ذلك أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت أعني بوقت
الصلاة وذلك أنهم أجمعوا على أن الفرض فيه هو الإصابة وأنه
إن انكشف للمكلف أنه صلى قبل الوقت أعاد أبدا إلا خلافا شاذا
في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وما روي عن مالك من أن المسافر إذا
جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له أنه صلى
قبل غيبوبة الشفق أنه قد مضت صلاته ووجه الشبه أن هذا
ميقات وقت وهذا ميقات جهة وأما الأثر فحديث عامر بن ربيعة
قال كنا مع رسول الله في ليلة مظلمة في سفر فغيمت علينا القبلة فصلى
كل واحد منا إلى وجهه وعلمنا فلما أصبح إذا نحن قد صلينا إلى غير القبلة
فسألنا رسول الله فقال مضت صلاتكم ونزلت ولله المشرق والمغرب
فأينما تولوا فثم وجه الله وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون

فمن صلى ثم انكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة
بقوله تعالى ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام فمن
رجح عموم هذا الاثر وقاس صفة الجهة على صفة الركعات
ومن ذهب مذهب الاثر لم تبطل صلاته وفي هذا الباب مسألة
مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا فيها فا
منهم من منعها على الاطلاق ومنهم من اجازها على الاطلاق ومنهم من
فرق بين النفل في ذلك والفرض وسبب اختلافهم تعارض الآثار
في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل احد حيطانها من داخل
هل يسمى مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج ام لا
اما الآثار فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت احدهما
حديث ابن عباس قال لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في
نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال
هذه القبلة والثاني حديث عبد الله بن عمر ان رسول الله دخل الكعبة
هو واسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فاغلقها عليه و
مكث فيها قال عبد الله فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال جعل عمودا عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة اعمدة وراءه ثم صلى
فمن ذهب مذهب الترجيح او النسخ قال اما بمنع الصلاة مطلقا ان رجح
حديث ابن عباس واما باجازتها مطلقا ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب
مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل
والجمع بينهما فيه عسر لان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام
خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل ومن ذهب مذهب سقوط الاثر
عند التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز
الصلاة داخل البيت اصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع
عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه

النظر

اجاز

اجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يجز الصلاة في البيت واتفق العلماء باجمعهم
على استحباب السترة بين المصلي والقبلة اذا صلى منفردا كان او اماما وذلك
لقوله عليه الصلاة والسلام اذا وضع احدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل
فليصل واختلفوا في الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه ان
يخط وقال احمد بن حنبل يخط خطا بين يديه وسبب اختلافهم اختلافهم في
تصحيح الاثر الوارد في ذلك والاثر رواه ابو هريرة انه عليه الصلاة والسلام
قال اذا صلى احدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئا فان لم يجد فلينصب عصى
فان لم يكن معه عصى فليخط خطا ولا يضره من مر بين يديه خرجه ابو داود
وكان احمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روي انه صلى الله عليه وسلم
صلى الى غير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العنزة فهذه جملة
قواعد هذا الباب وهي اربع مسائل

الفصل الرابع

وهذا الفصل
ينقسم قسمين احدهما في ستر العورة والثاني فيما يجزئ من اللباس في الصلاة
واتفق العلماء على ان ستر العورة فرض بالاطلاق واختلفوا هل هو شرط
من شروط صحة الصلاة ام لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل
والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة وذهب ابو حنيفة
والشافعي الى انها من فروض الصلاة وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار
واختلافهم في مفهوم قوله تعالى يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد
هل الامر بذلك على الوجوب او على الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد
به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت
تطوف بالبيت عريانة وتقول اليوم يبدو بعضه او كله وما بدا منه فلا
احله فنزلت هذه الآية وامر رسول الله ان لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف
بالبيت عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من
الرداء وغير ذلك واحتج لذلك بما جاء في الحديث انه كان رجال يصلون
مع النبي صلى الله عليه وسلم عاقدي ازرهم على اعناقهم كهيئة الصبيان ويقال

للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوي الرجال جلوسا قالوا ولولا انهم لم
يجدوا ما يستر عورتهم لما امروا بذلك وفيه انه يصلي واختلف فيه من وضع الخطاب
هل يحمل ام لا يحمل **واما المسألة الثانية** وهي حد العورة من الرجل
فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة
وكذلك قال ابو حنيفة وقال قوم العورة هما السوأتان فقط من
الرجل وسبب الخلاف في ذلك اثران متعارضان كلاهما ثابت احدهما
حديث جرهد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الفخذ عورة والحديث الثاني
حديث انس ان النبي عليه السلام حسر عن فخذه وهو جالس مع
اصحابه قال البخاري وحديث انس اسند وحديث جرهد احوط وقال
بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ **واما المسألة الثالثة**
وهي حد العورة في المرأة فاكثر العلماء على ان بدنها كله عورة
ما خلا الوجه والكفين وذهب ابو حنيفة الى ان قدميها ليستا
بعورة وذهب ابو بكر بن عبد الرحمن الى ان المرأة كلها عورة وسبب
اختلافهم في ذلك احتمال قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر
منها هل هذا المستثنى المقصود منه اعضاء محدودة ام انما المقصود
به ما لا يملك ظهوره عند الحركة فمن رأى ان المقصود به ما لا يملك ظهوره
عند الحركة قال بدنها كلها عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بعموم
قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين الآية
ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بان لا يستر وهو الوجه
والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس
تستر وجهها في الحج القسم الثاني واما اللباس فالاصل فيه
قوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد والنهي الوارد عن هيئات
بعض الملابس في الصلاة وذلك انهم اتفقوا فيما احسب على ان
الهيئات من اللباس التي نهي عنها في الصلاة مثل اشتمال الصماء

وهو ان

وهو ان يشتمل الرجل في ثوب واحد وان يحتبي الرجل في ثوب واحد ليس على
فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك لا اعلم ... ان لا تنكشف
عورته والصحيح ان من قال لا تجوز صلاته على احدى هذه الهيئات اراد ان تنكشف
عورته وهو كان يجب على اصول اهل الظاهر ... واتفقوا على انه يجزئ
الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي عليه السلام
وقد سئل ايصلي الرجل في الثوب الواحد فقال اولكلكم ثوبان واختلفوا
في الرجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته
لكون الظهر والبطن من الرجل ليسا بعورة وشذ قوم فقالوا لا
تجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم ان يصلي الرجل في الثوب الواحد
ليس على عاتقه منه شيء وتمسكوا ايضا بقوله تعالى خذوا زينتكم
عند كل مسجد واتفق الجمهور على ان اللباس المجزئ للمرأة في الصلاة
هو درع وخمار لما روي عن ام سلمة انها سألت رسول الله ماذا تصلي
فيه المرأة فقال في الخمار والدرع السابغ اذا غيب ظهور قدميها
ولما روي ايضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال
لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروي عن عائشة وميمونة
وام سلمة انهن كن يفتين بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت
مكشوفة اعادت في الوقت وبعده الا مالكا فانه قال تعيد في الوقت
فقط والجمهور على ان الخادم لها ان تصلي مكشوفة الرأس والقدمين
وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء وسبب
الخلاف ايضا الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد
ام الاحرار دون العبيد واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال
قوم تجوز صلاته وقال قوم لا تجوز وقوم استحبوا له الاعادة في الوقت
وسبب اختلافهم في ذلك هل الشيء المنهي عنه مطلقا اجتنابه شرط
في صحة الصلاة ام لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به ومن

يجب الى انه يكون بلباس ما شاء او الصلاة جائزة فالعريان بقدر كلسة
في الصلاة الطهارة التي هي شرط وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة
في الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور

الفصل الخامس

واما
الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة وبعضهم ان يقول انها فرض
في الصلاة انها من شروط صحتها ولهذا من قال انها فرض من الصلاة
ان يقول انها فرض في الصلاة ويجوز ان لا يقول انها الذي ... الصلاة فيجوز
عن الحق فيه في المذهب قولين احدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة
الصلاة مع حال القدرة والذكر والقول الاخر انها ليست بشرط
وكان من انها شرط الا في ... على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة
سنة مؤكدة وانها تجب ... انها فرض مع الذكر والقدرة وهو مذهب
المسلمين في كتاب الطهارة وذكرها هنا الاسباب الخلاف فيها وانما التي تتعلق
بها هنا الخلاف من الاصل فهو جزء مطلق مما يقع في الصلاة يجب
ان يكون من شرط الصلاة ام لا والحق ان الشيء المامور به على الاطلاق
لا يجب ان يكون شرطا في صحة شيء آخر مامور به وان وقع فيه الا بامر آخر
وكذلك الامر في الشيء المنهي عنه على الاطلاق لا يجب ان يكون شرطا
في صحة شيء مما الا بامر آخر

الفصل السادس في

واما المواضع التي
يصلى فيها فان من الناس من اجاز الصلاة في كل موضع لا تكون فيه نجاسة
ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة
وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم
من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام
ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهي عنها ولم يبطلها وهو
احد ما روي عن مالك وقد روي عنه الجواز وهو رواية ابن القاسم
والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك ان ها هنا
حديثين متفق على صحتهما واثنان مختلف فيهما فاما المتفق عليهما فقوله

عليه

عليه الصلاة والسلام اعطيت خمسا لم يعطهن احد قبلي وذكر فيها و
جعلت لي الارض مسجدا وطهورا فاينما ادركتني الصلاة صليت وقوله عليه
السلام اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم ولا تتخذوها قبورا واما الغير
المتفق عليهما فاحدهما ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى ان
يصلى في سبعة مواطن المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق
وفي الحمام وفي معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذي والثاني
ما روي انه قال عليه السلام صلوا في مرابض الغنم ولا تصلوا في اعطان
الابل فذهب الناس في هذه الاحاديث ثلاثة مذاهب الترجيح او النسخ والثاني مذهب
البناء اعني بناء الخاص على العام والثالث مذهب الجمع فاما من ذهب
مذهب الترجيح او النسخ فاخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
جعلت لي الارض مسجدا وطهورا وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هي فضائل له
عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخها واما من ذهب مذهب بناء
العام على الخاص فقال حديث الاباحة عام واحاديث النهي خاصة فيجب
ان يبنى العام على الخاص فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم
من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الذي يصح من النهي لانه قد
روي النهي فيهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم
واما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصا من عام فقال احاديث النهي
محمولة على الكراهية والاول على الجواز واختلفوا في الصلاة في البيع
والكنائس فكرهها قوم واجازها قوم وفرق قوم بين ان يكون فيها
صور او لا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا ندخل كنائسهم
من اجل التماثيل والعلة فيمن كره ذلك لا من اجل التماثيل لمعنى هو من
النجاسة واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا في الصلاة على
الطنافس وغيرها مما يقعد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود

عليه

على الحصير وما يشبهه مما تنبته الأرض والكراهية لغير ذلك وهو مذهب

الفصل السابع

مالك وأما التروك المشترطة في الصلاة فإنهم اتفقوا
على أن منها أقوالا ومنها أفعالا أما الأفعال فجميع الأفعال المباحة التي ليست
من أفعال الصلاة إلا قتل العقرب والحية في الصلاة فإنهم اختلفوا
في ذلك لمعارضة الأثر في ذلك للقياس واتفقوا فيما أحسب على
جواز الفعل الخفيف وأما الأقوال فهي أيضا الأقوال التي ليست من
أقاويل الصلاة وهذه أيضا لم يختلفوا أنها تفسد الصلاة عمدا لقوله
تعالى وقوموا لله قانتين ولما ورد في الأثر من قوله عليه السلام إن الله
يحدث من أمره ما يشاء ومما أحدث أن لا تكلموا في الصلاة وهو حديث
ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم قال كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت
وقوموا لله قانتين فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وحديث
معاوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله يقول إن صلاتنا هذه لا يصلح
فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتهليل والتحميد وقراءة
القرآن إلا أنهم اختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما إذا تكلم ساهيا
والآخر إذا تكلم عامدا لإصلاح الصلاة وشذ الأوزاعي فقال من تكلم في الصلاة
لإحياء نفس أو لأمر كبير فإنه يبني والمشهور من مذهب مالك أن الكلام
عمدا على جهة الإصلاح لا يفسدها وقال الشافعي يفسدها الكلام كيف
كان إلا مع النسيان وقال أبو حنيفة يفسدها الكلام كيف كان والسبب
في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في ذلك وذلك أن الأحاديث المتقدمة
تقتضي تحريم الكلام على العموم وحديث أبي هريرة المشهور أن رسول الله
انصرف من اثنتين فقال له ذو اليدين أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول
الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق ذو اليدين فقالوا نعم فقام
رسول الله فصلى ركعتين أخريين ثم سلم فظاهر هذا أن النبي تكلم والناس
معه وأنهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك الكلام صلاتهم فمن أخذ بهذا

الظاهر

57

الظاهر ورأى أن هذا شيء يخص الكلام لإصلاح الصلاة استثنى هذا من
ذلك العموم وهو مذهب مالك بن أنس ومن ذهب إلى أنه ليس في الحديث
دليل على أنهم تكلموا عمدا في الصلاة وإنما يظهر منه أنهم تكلموا و
هم يظنون أن الصلاة قد قصرت وتكلم النبي عليه السلام وهو يظن
أن الصلاة قد تمت لم يصح عنده أن الناس تكلموا بعد قول رسول الله
ما قصرت الصلاة وما نسيت قال إن المفهوم من الحديث إنما هو إجازة
الكلام لغير العامد فإذا السبب في اختلاف مالك والشافعي
في المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذه الأحاديث
مع أن الشافعي قد عضد تأويله في ذلك الحديث أيضا بقوله عليه
السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث
النهي على عمومها ورأى أنها ناسخة لحديث ذي اليدين وأنه متقدم عليها

الفصل الثامن

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطا في صحة
الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير
مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة واختلفوا هل من شرط
نية المأموم أن توافق نية الإمام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا
يجوز أن يصلي المأموم ظهرا خلف إمام يصلي عصرا ولا يجوز أن يصلي الإمام
ظهرا يكون في حقه نفلا وفي حق المأموم فرضا فذهب مالك وأبو حنيفة
إلى أنه يجب أن تتوافق نية المأموم ونية الإمام وذهب الشافعي إلى
أنه ليس يجب والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه
السلام إنما جعل الإمام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من أنه كان
يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يصلي بقومه فمن رأى ذلك خاصا
لمعاذ وأن عموم قوله عليه الصلاة والسلام إنما جعل الإمام ليؤتم به
يتناول النية اشترط موافقة نية الإمام للمأموم ومن رأى أن الإباحة
لمعاذ في ذلك هي إباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الأصل قال

لا يخلو الأمر فيه إلا الحديث الثاني من أحد أمرين إما أن يكون فيه إلا العموم
الذي فيه لا يتناول النية لأن الظاهر أنما هو من باب الأفعال فلا يكون بهذا
الوجه معارضا لحديث معاذ وإما أن يكون يتناولها فيكون حديث
معاذ قد خصص ذلك العموم وفي الفقه مسائل كثيرة لها تعلق بالمنطوق
به من الشرع أيضا تركناها إذ كان غرضنا على القصد الأول إنما هو الكلام
في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع

الجملة الثالثة

من كتاب الصلاة وهو معرفة ما تشتمل عليه من الأقوال والأفعال وهي
الأركان والصلوات المفروضة تختلف في هذه بالزيادة والنقصان
أما من قبل الانفراد والجماعة وأما من قبل الزمان مثل مخالفة الظهر
الجمعة في ما سنذكره وأما من قبل السفر وأما من قبل الأمن
وأما من قبل الصحة والمرض فإذا أردنا أن نكون القول في هذه صناعيا
وجاريا على نظام فيجب أن نقول أولا فيما تشترك فيه جميع الصلوات من الأفعال
غير واحدة واحدة منها ثم نقول في واحدة واحدة منها وهو الأسهل وإن
كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما وهو الذي سلكه الفقهاء
ونحن نتبعهم في ذلك فنجعل هذه الجملة تنقسم إلى ستة أبواب الباب
الأول في صلاة المنفرد الحاضر الآمن الباب الثاني في صلاة الجماعة
أعني في أحكام صلاة الإمام والمأموم في الصلاة الباب الثالث في صلاة
الجمعة الباب الرابع في صلاة السفر الباب الخامس في صلاة الخوف
الباب السادس في صلاة المريض

الباب الأول

وهذا الباب
فيه فصلان الأول في أقوال الصلاة والثاني في أفعال الصلاة

الفصل الأول

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل

المسألة الأولى

اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا إن
التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا إنه كله ليس بواجب
وهو شاذ وقوم أوجبوا تكبيرة الإحرام فقط وهم الجمهور وسبب

اختلافهم

اختلافهم من أوجبه كله ومن أوجب فيه تكبيرة الإحرام فقط معارضة ما
نقل من قوله لما نقل من فعله عليه السلام فأما ما نقل من قوله فحديث
أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة
إذا أردت الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ فمفهوم
هذا أن التكبير في الأولى هو الفرض فقط ولو كان ما سواه الأمر بالتكبير
فرضا لذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة وأما ما نقل من فعله فمنها
حديث أبي هريرة أنه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول إني لأ
شبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث مطرف بن عبد الله
ابن الشخير قال صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي طالب فكان إذا
سجد كبر وإذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا أخذ
عمران بيدي فقال لقد ذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالقائلون بإ
يجابه تمسكوا بعمل المنقول عن هذه الأحاديث وقالوا الأصل
أن تكون كل الأفعال التي أتت بيانا لواجب محمولة على الوجوب كما قال
صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتموني أصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة
الأولى في هذا كان الأمر ما بين أن العمل عند الصحابة ما كان على إتمام
التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول إني لأشبهكم بصلاة رسول الله
وقال عمران لقد ذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم وأما من جعل
التكبير كله نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الأذكار التي في الصلاة
مما ليس بواجب إذ قاس تكبيرة الإحرام على سائر التكبير أنه قال
أبو عمر بن عبد البر ومما يدل على مذهب الجمهور ما رواه شعبة بن الحجاج
عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه قال صليت
مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز
فلم يتم التكبير وما رواه أحمد بن حنبل عن علي أنه كان لا يكبر إذا صلى وحده

وكان هؤلاء رأوا أن التكبير لمكان إشعار الإمام للمأمومين بقيامه وقعوده
ويشبه أن يكون لهؤلاء مذهب من رأى كله نفلا. **المسألة الثانية** قال
مالك لا يجزئ من لفظ التكبير إلا الله أكبر وقال الشافعي الله أكبر والله
الأكبر اللفظان كلاهما يجزئ وقال أبو حنيفة يجزئ من لفظ التكبير كل
لفظ في معناه مثل الله الأعظم والله الأجل. وسبب اختلافهم هل
اللفظ هو المتعبد به في الافتتاح أو المعنى وقد استدل المالكيون و
الشافعيون بقوله عليه السلام مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير
وتحليلها التسليم قالوا والألف واللام ههنا للحصر والحصر يدل على أن
الحكم خاص بالمذكور وأنه لا يجوز بغيره وليس يوافقهم أبو حنيفة
على هذا الأصل فإن الذي يقول بالمفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو
أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المذكور ودليل الخطاب عند أبي حنيفة
غير معمول به. **المسألة الثالثة** ذهب قوم إلى أن التوجيه في
الصلاة واجب وهو أن يقول بعد التكبير إني وجهت وجهي للذي فطر
السموات وهو مذهب الشافعي وإما أن يسبح وهو مذهب أبي حنيفة
وإما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبي يوسف صاحبه وقال مالك ليس
التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة. وسبب الاختلاف معارضة
الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك والاختلاف في صحة الآثار الواردة
بذلك فإنه ثبت في الصحيح عن أبي هريرة أن رسول الله كان يسكت
بين التكبير والقراءة إسكاتة قال فقلت يا رسول الله بأبي أنت وأمي
إسكاتك بين التكبير والقراءة ما تقول فيها قال أقول اللهم باعد بيني
وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقني من خطاياي
كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس اللهم اغسل خطاياي بالثلج والماء
والبرد. وقد ذهب قوم إلى استحباب سكتات كثيرة في الصلاة

منها

منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة أم القرآن وإذا فرغ من القراءة قبل
الركوع وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور والأوزاعي وأنكر
ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه. وسبب اختلافهم اختلافهم
في تصحيح حديث أبي هريرة أنه قال كانت له عليه السلام سكتات
في صلاته حين يكبر ويفتتح الصلاة وحين يقرأ بفاتحة الكتاب وإذا
فرغ من القراءة قبل الركوع. **المسألة الرابعة** اختلفوا في
قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة فمنع ذلك
مالك في الصلاة المكتوبة جهرا كانت أو سرا لا في استفتاح أم القرآن
ولا في غيرها من السور وأجاز ذلك في النافلة وقال أبو حنيفة والثوري
وأحمد يقرؤها مع أم القرآن في كل ركعة سرا وقال الشافعي يقرؤها ولا
بد في الجهر جهرا وفي السر سرا وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه
قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل
سورة أم إنما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب وعنه
القولان جميعا. وسبب الخلاف في هذا يؤول إلى شيئين أحدهما اختلاف
الآثار في هذا الباب والثاني اختلافهم هل بسم الله آية من فاتحة
الكتاب أم لا فأما الآثار التي احتج بها من أسقط ذلك فمنها حديث ابن
مغفل قال سمعني أبي وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بني إياك
والحدث فإني صليت مع رسول الله وأبي بكر وعمر فلم أسمع رجلا منهم
يقوله قال أبو عمر بن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول. ومنها ما رواه
مالك من حديث أنس أنه قال قمت وراء أبي بكر وعمر وعثمان فكلهم كان لا يقرأ
بسم الله الرحمن الرحيم إذا افتتحوا الصلاة قال أبو عمر وفي بعض الروايات أنه
قال خلف النبي عليه السلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو
عمر إلا أن أهل الحديث قالوا في حديث أنس هذا إن النقل فيه مضطرب
اضطرابا لا تقوم به حجة وذلك أنه مرة روي عنه مرفوعا إلى النبي عليه السلام

ومن الابرع فمنهم من يقول بكر عمر ومنهم من لا يذكره ومنهم من يقول فكانوا لا يفتتحون
ببسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا يجهرون ببسم الله الرحمن
الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم
واما الاحاديث المعارضة لهذه فمنها حديث نعيم بن عبد الله المجمر
قال صليت خلف ابي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل ام القرءان
وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال انا اشبهكم بصلاة رسول
الله ومنها حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام كان يجهر ببسم الله
الرحمن الرحيم ومنها حديث ام سلمة انها قالت كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلاف
هذه الآثار احد ما اوجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم
في الصلاة والسبب الثاني كما قلنا هل بسم الله الرحمن الرحيم
اية من ام الكتاب وحدها او من كل سورة ام ليست اية لا من ام
الكتاب ولا من كل سورة فمن رءاها اية من ام الكتاب اوجب
قراءتها بوجوب قراءة ام الكتاب عنده في الصلاة ومن رءاها اية
من اول كل سورة وجب عنده ان يقرأها مع السورة وهذه المسألة
قد كثر الاختلاف فيها والمسألة محتملة ولكن من العجب ما وقع في هذه
المسألة انهم يقولون من اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم اية
من القرءان ام لا في غير سورة النمل اما هي اية من القرءان في سورة
النمل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعي انها لو كانت من القرءان
في غير سورة النمل لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لان القرءان نقل
تواترا هذا الذي قاله القاضي في الرد على الشافعي وكثرته قاطع
واما ابو حامد فرام تصحيح مذهب [illegible] الا انه ابطل لو كانت من غير القرءان
لوجب على رسول الله ان يبين ذلك [illegible] وشك [illegible]
فانه يجوز في الاية الواحدة بعينها ان يقول فيها انها من القرءان في موضع

وانما

62

وانما البسملة من القرءان في موضع احد بل يقول ان بسم الله الرحمن الرحيم
فريقه انها من القرءان حيثما ذكرت وانما اية من سورة النمل في
هي اية من سورة ام القرءان ومن كل سورة فيستقيم بما عمل جميع
والمسألة محتملة وذلك لتعلقها بسائر السور فانها وهي جزء من
سورة النمل فيما هل هذا قاله والله اعلم

المسألة الخامسة

اتفق العلماء على انه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمدا ولا سهوا الا شيء
روي عن عمر رضي الله عنه انه صلى فنسي القراءة فقيل له في ذلك فقال
كيف الركوع والسجود فقيل حسن فقال لا بأس اذا وهو حديث
غريب عندنا ادخله مالك في موطئه في بعض الروايات وشيء روي عن
ابن عباس انه كان لا يقرأ في صلاة السر وانه قال قرأ رسول الله في صلوات
وسكت فيما سكت وسئل هل في الظهر والعصر قراءة فقال لا و
اخذ الجمهور بحديث خباب انه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر
والعصر قيل له باي شيء كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق
الكوفيون بحديث ابن عباس في ترك وجوب القراءة في الركعتين الاخيرتين
من الصلاة لاستواء صلاة الظهر والعصر في سكوت النبي فيها في الركعتين
واختلفوا في القراءة الواجبة في الصلاة فرأى بعضهم ان الواجب من
ذلك ام القرءان لمن حفظها وان ما عدا ذلك ليس فيه توقيت ومن هؤلاء
من اوجبها في كل ركعة ومنهم من اوجبها في اكثر الصلاة ومنهم من
اوجبها في نصف الصلاة ومنهم من اوجبها في ركعة من الصلاة وبالاول
قال الشافعي وهو اشهر الروايات عن مالك وقد روي عنه انه ان
قرأها في ركعتين من الرباعية اجزأته واما من رأى انها تجزئ في ركعة
فمنهم الحسن البصري وكثير من فقهاء الامصار واما ابو حنيفة فالواجب
عنده انما هو قراءة القرءان اي اية اتفقت ان تقرأ وحد اصحابه
في ذلك ثلاث ايات قصار او اية طويلة وهذا في الركعتين الاوليين
مثل الاية الطويلة
واما في الاخريين فيستحب عنده التسبيح دون القراءة وبه قال الكوفيون

والجمهور ويستحبون القراءة فيها والسبب في هذا الاختلاف تعارض
الآثار في ذلك ومعارضة ظاهر الكتاب للأثر أما الآثار المتعارضة
في هذا الباب فإن حديث أبي هريرة الثابت أن رجلا دخل المسجد
فصلى ثم جاء فسلم على النبي عليه السلام فرد عليه النبي وقال ارجع
فصل فإنك لم تصل فصلى ثم جاء فأمره بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات
فقال والذي بعثك بالحق ما أحسن غير هذا فقال عليه السلام إذا قمت
إلى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر
معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما
ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى
تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تستوي قائما ثم افعل ذلك في صلاتك
كلها وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتان متفق عليهما أحدهما
حديث عبادة بن الصامت أنه عليه السلام قال لا صلاة لمن لم يقرأ
بفاتحة الكتاب والثاني حديث أبي هريرة أن رسول الله قال من صلى صلاة
لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج ثلاثا وحديث أبي هريرة المتقدم
ظاهره أنه يجزئ من القراءة في الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عبادة
وأبي هريرة الثاني يقتضي أن أم الكتاب شرط في الصلاة وظاهر قوله
تعالى فاقرءوا ما تيسر منه يعضد حديث أبي هريرة المتقدم والعلماء
المختلفون في هذه المسألة إما أن يكونوا ذهبوا في تأويل هذه الأحاديث
مذهب الجمع وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين
يتصور هذا المعنى فالذين ذهبوا مذهب من أوجب قراءة ما تيسر
من القرآن له أن يقول هذا أرجح لأن ظاهر الكتاب يوافقه وله أن يقول على
طريق الجمع أنه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود به نفي الكمال لا نفي
الإجزاء وحديث أبي هريرة المقصود منه الإعلام بالمجزئ من القراءة
إذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولأولئك أيضا أن يذهبوا
إلى هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أرجح لأنها أكثر وأيضا

فإن

فإن حديث أبي هريرة المشهور يتضمن وهو أنه قال يقول الله قسمت
الصلاة بيني وبين عبدي نصفين فنصفها لي ونصفها لعبدي ولعبدي ما
سأل يقول العبد الحمد لله يقول الله حمدني عبدي الحديث ولهم أن يقولوا
أيضا على طريق الجمع أن قوله عليه السلام ثم اقرأ ما تيسر معك من
القرآن مبهم والأحاديث الأخر معينة والمعين يقضي على المبهم وهذا
فيه عسر فإن معنى حمل هاهنا إنما هو معنى أن يفهم بما تيسر معين
من القرآن ويكون المعين فاتحة الكتاب إذ كانت هذه الألف واللام التي تدل
على العهد فيشبه أن يكون كل ما يقرأ في كلام العرب جار مجرى العربية فيعمل
هذا الاسم ويعمهم ما يقول ما على شيء معين ويشبه علق التأويل
والأولى وجه له في المسألة كما ترى من حملة وإنما كان يرجح الاحتمال الذي يقتضيه
الجمع وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب في الصلاة في كل ركعة أو في بعض
الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذي في قوله عليه السلام لمن لم يقرأ
فيها بأم القرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك أن من قرأ
في الكل منها أو في الجزء أعني في ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه
السلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال يضعفه ما ذهب إليه أصحاب أبي حنيفة
أو بترك القراءة في بعض الصلاة أعني في الركعتين الأخيرتين واختار
مالك أن يقرأ في الأوليين من الرباعية بالحمد وسورة وفي الأخريين بالحمد
فقط واستحب الشافعي أن يقرأ في الأربع من الظهر بالحمد وسورة
إلا أن السورة التي يقرأ في الأوليين تكون أطول وذهب مالك إلى حديث
أبي قتادة الثابت أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الأوليين من الظهر
والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخريين منهما بفاتحة الكتاب
فقط وذهب الشافعي إلى ظاهر حديث أبي سعيد الثابت أيضا
أنه كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفي الأخريين
قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا في العصر لاتفاق الحديثين فيهما وذلك

ان في حديث ابي سعيد هذا انه كان يقرا في الاوليين من العصر قدر خمس عشرة
اية وفي الاخريين قدر النصف من ذلك. **المسألة السادسة** اتفق
الجمهور على منع قراءة القران في الركوع والسجود لحديث علي في ذلك
قال نهاني حبيبي صلى الله عليه وسلم ان اقرا القران راكعا وساجدا قال
الطبري وهو حديث صحيح وبه اخذ فقهاء الامصار وصار قوم من
التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخاري لانه لم يصح الحديث
عنده والله اعلم. واختلفوا في الركوع والسجود هل فيه قول محدود يقوله
المصلي فقال مالك ليس في ذلك قول محدود وذهب الشافعي وابو
حنيفة واحمد وجماعة غيرهم الى ان المصلي يقول في ركوعه سبحان
ربي العظيم وفي السجود سبحان ربي الاعلى ثلاثا على ما جاء في حديث
عقبة بن عامر. وقال الثوري احب الي ان يقولها الامام خمسا في صلاته
حتى يدرك الذي خلفه ثلاث تسبيحات. والسبب في هذا الخلاف معارضة
حديث ابن عباس في هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان في حديث
ابن عباس انه عليه السلام قال الا واني نهيت عن القراءة في الركوع
والسجود فاما الركوع فعظموا فيه الرب واما السجود فاجتهدوا
فيه في الدعاء فقمن ان يستجاب لكم. وفي حديث عقبة بن عامر انه قال لما
نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله اجعلوها في ركوعكم
ولما نزلت فسبح باسم ربك الاعلى قال اجعلوها في سجودكم. وكذلك
اختلفوا في الدعاء في الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله
وكره ذلك مالك لحديث علي انه قال عليه السلام اما الركوع فعظموا
فيه الرب واما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء. وقالت طائفة
يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا باحاديث جاء فيها انه صلى الله عليه وسلم
دعا فيها في الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت
كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول في ركوعه وسجوده سبحانك اللهم ربنا ولك

ثلاثا

الحمد

الحمد اغفر لي وفي حديث عقبة بن عامر ذكر التسبيح مقيدا انه كان يقول
يقول عليه السلام في الركوع سبحان ربي العظيم ثلاثا وسبحان ربي الاعلى
في السجود ثلاثا وابو حنيفة لا يجيز الدعاء في الصلاة بغير الفاظ
القران ومالك والشافعي يجيزان ذلك والسبب في الاصل هل هو كلام ام لا
المسألة السابعة اختلفوا في وجوب التشهد وفي المختار منه
فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى ان التشهد ليس بواجب
وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعي واحمد وداود. وسبب
اختلافهم معارضة القياس لظاهر الاثر وذلك ان القياس يقتضي
الحاقه بسائر الاذكار التي ليست بواجبة في الصلاة لاتفاقهم
على وجوب القران والتشهد ليس بقران فيجب. وفي حديث ابن عباس
انه قال كان رسول الله يعلمنا التشهد كما يعلم السورة والقران
يقتضي وجوبه مع ان الاصل عند هؤلاء ان افعاله واقواله في الصلاة
يجب ان تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك
والاصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو ان ما ثبت وجوبه في الصلاة
مما اتفق عليه او صرح بوجوبه فلا يجب ان يلحق به الا ما صرح به ونص
عليه فيما تقرر الخلاف بين المذهبين. واما المختار من التشهد فان مالكا
اختار تشهد عمر الذي كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله
الزاكيات لله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام
علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا
عبده ورسوله. واختار اهل الكوفة ابو حنيفة وغيره تشهد ابن
مسعود قال ابو عمر وبه قال احمد واكثر اهل الحديث لثبوت نقله
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات
السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد
الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله

واختار الشافعي وأصحابه تشهد ابن عباس الذي رواه عن النبي عليه السلام قال
كان رسول الله يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن وكان يقول
التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي
ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله
إلا الله وأن محمدا رسول الله. وسبب اختلافهم اختلاف هذه الآثار و
الترجيح منها فمن غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الأحاديث الثلاثة
مال إليه وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن هذا كله على التخيير كا
لأذان والتكبير على الجنائز وفي العيدين وغير ذلك مما تواتر نقله
وهو الصواب والله أعلم. وقد استحب الشافعي الصلاة على النبي عليه
السلام في التشهد وقال إنها فرض لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا
عليه وسلموا تسليما وذهب إلى أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة
وذهب الجمهور إلى أنه التسليم الذي يؤتى به عقب الصلاة عليه وقد
ذهب قوم من أهل الظاهر إلى أنه واجب أن يتعوذ المتشهد من الأربع
التي جاء بها الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح
الدجال ومن فتنة المحيا والممات لأنه ثبت أن رسول الله كان يتعوذ
منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه إذا فرغ أحدكم من التشهد الآخر
فليتعوذ من أربع الحديث خرجه مسلم. المسألة الثامنة
اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة
ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والإمام
تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتين فذهب الجمهور لمذهبهم هذا من
حديث علي وهو قوله عليه السلام فيه وتحليلها التسليم ومن ذهب
إلى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت أنه عليه السلام كان
يسلم تسليمتين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب واختار مالك
للمأموم تسليمتين وللإمام واحدة وقيل عنه أن المأموم يسلم ثلاثا

التسليم

الواحدة للتحليل والثانية للإمام والثالثة لمن هو عن يساره وأما أبو حنيفة
فذهب إلى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الإفريقي عن عبد الرحمن بن رافع وبكر
بن سوادة عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال قال رسول الله إذا جلس
الرجل في آخر صلاته فأحدث قبل أن يسلم فقد تمت صلاته قال أبو عمر وحديث
علي المتقدم أثبت عند أهل النقل لأن حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي انفرد
به الإفريقي وهو عند أهل النقل ضعيف قلت إن كان أثبت من طريق النقل
فإنه محتمل من جهة اللفظ وذلك أنه ليس يدل على أن الخروج من الصلاة
يكون بغير التسليم إلا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف
عند الأكثر ولكن للجمهور أن يقولوا إن الألف واللام التي للحصر أقوى
من دليل الخطاب في كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به

المسألة التاسعة اختلفوا في القنوت فذهب مالك إلى أن القنوت في صلاة
الصبح مستحب وذهب الشافعي إلى أنه سنة وذهب أبو حنيفة إلى أنه
لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وأن القنوت إنما موضعه الوتر وقال
قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت إلا في رمضان وقال قوم
بل في النصف الآخر منه وقال قوم في النصف الأول والسبب في ذلك اختلاف
الآثار المنقولة في ذلك عن النبي عليه السلام وقياس بعض الصلوات
في ذلك على بعض أعني التي قنت فيها على التي لم يقنت فيها قال أبو عمر
والقنوت بلعن الكفرة في رمضان مستحب في النصف الآخر والاقتداء
برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذكوان وبني لحيان
والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ما قنت
منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما إلا وراء إمام يقنت قال الليث
وأخذت في ذلك بالحديث الذي جاء عن النبي أنه قنت شهرا أو أربعين يوما
يدعو لقوم ويدعو على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا ليس
لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم أو يعذبهم فإنهم ظالمون فترك رسول الله

صلى الله عليه وسلم القنوت ثم قنت بعدها حتى لقي الله فقال الحنفية(?) هذا منسوخا
الحديث في العتمة(?) وهو من مذهب يحيى بن يحيى من اهل الكوفة(?) وانه من حديث الاشياخ
انه كان العمل عليه عندهم بعمل اهل قرطبة وانه استحسن الى ما رواه وقريب
من رواية وخرج مسلم عن البراء ان النبي عليه السلام قنت في صلاة
الصبح وبلغه انه ترك في الاخرى لعنه(?) الاحياء وخرج عن ابي هريرة
انه قنت في الظهر والعشاء الآخرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه السلام
انه قنت شهرا في صلاة الصبح يدعو على بني عصية واختلفوا فيما يقنت
به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ويسميها
اهل العراق السورتين ويروى انها في مصحف ابي بن كعب وقال الشافعي
واسحاق بل يقنت باللهم اهدني فيمن هديت وعافني فيمن عافيت وقد روي عن
الحسن بن علي من طريق ثابتة ان النبي عليه السلام علمه هذا الدعاء للقنوت
في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلى خلفه
وقال قوم ليس في القنوت شيء موقت

الفصل الثاني في الافعال

التي هي اركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثمان مسائل المسألة
الاولى اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة في ثلاثة مواضع احدها
في حكمه والثاني في المواضع التي ترفع فيها من الصلاة والثالث الى اين
ينتهي بهما فاما الحكم فذهب الجمهور الى انه سنة في الصلاة وذهب
داود وجماعة من اصحابه الى ان ذلك فرض وهؤلاء انقسموا اقساما فمنهم
من اوجب ذلك في تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من اوجب في الاستفتاح
وعند الركوع اعني عند الانحطاط فيه وعند الارتفاع ومنهم من اوجبه في
هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع
التي ترفع فيها وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث ابي هريرة الذي
فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه السلام وذلك ان في حديث ابي هريرة
انه قال له كبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه السلام

من حديث

66

من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة واما اختلافهم
في المواضع التي ترفع فيها فذهب اهل الكوفة ابو حنيفة وسفيان الثوري
وسائر فقهائهم الى انه لا يرفع المصلي يديه الا عند تكبيرة الاحرام فقط
وهي رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعي واحمد وابو عبيد
وابو ثور وجمهور اهل الحديث واهل الظاهر الى الرفع عند تكبيرة الاحرام
وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروي عن مالك الا انه عنده
اول [illegible] وذهب بعض اهل الحديث الى رفعها
عند السجود وعند الرفع منه والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف
الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك ان
في ذلك احاديث احدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء
ابن عازب انه كان عليه السلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة
لا يزيد عليها والحديث الثاني حديث ابن عمر عن ابيه ان رسول الله كان
اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع
رفعهما كذلك ايضا وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل
ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه رواه عن
النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من الصحابة والحديث الثالث
حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر انه كان
يرفع يديه عند السجود فمن جعل الرفع فيما فعله على انه ندب او من صفة
فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحا لحديث عبد الله بن مسعود
وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل له ومنهم
من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين اعني في الركوع
وفي الافتتاح لشهرته واتفاق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء
ان الرفع فريضة حمل الامر على الفريضة ومن كان رأيه على انه ندب حمله
على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال انه يجب ان يجمع هذه الزيادات

بعضها الى بعض على ما جاء في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا في هذه
الآثار مذهبين اما مذهب الترجيح واما مذهب الجمع والسبب في اختلا
فهم في حمل رفع اليدين في الصلاة هل هو على الندب او على الفرض هو السبب
الذي قدمناه من ان بعض الناس يرى ان الاصل في افعاله صلى الله عليه
وسلم ان تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى
ان الاصل الا يزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت او اجماع انه من فرائض
الصلاة الا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا فلا معنى لتكرار القسم
الواحد مرات في مرة. واما الحد الذي ترفع اليه اليدان فذهب بعضهم
الى انهما الى المنكبين وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم
الى الاذنين وبه قال ابو حنيفة وذهب بعضهم الى الصدر وكل ذلك
مروي عن النبي عليه السلام الا ان اثبت ما في ذلك انه كان يرفعهما
حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الاذنين اثبت من الرفع الى
الصدر واشهر. المسألة الثانية ذهب ابو حنيفة الى ان الاعتدال
من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب و
اختلف اصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي ان يكون سنة او واجبا
اذ لم ينقل عنه نص في ذلك والسبب في اختلافهم هل الواجب الاخذ ببعض
ما ينطلق عليه الاسم ام بكل ذلك الشيء الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان
الواجب عنده الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال
في الركوع ومن كان الواجب عنده الاخذ بالكل اشترط الاعتدال
وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الحديث المشهور للرجل الذي
علمه فروض الصلاة اركع حتى تطمئن راكعا وارفع حتى تطمئن قائما
فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى ان الاصل
ان لا تحمل افعاله في سائر افعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث
على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم ير واجبا رفع اليدين فرضا

ولاما

67

ولا ما عدا التكبير الاحرام والقراءة من الاقوال التي في الصلاة فقام من هذا
جائز ان اصل مناقض للاصل الاول وهو سبب الخلاف في كثير من المسائل
المسألة الثالثة اختلف العلماء في هيئة الجلوس فقال مالك واصحابه
يفضي باليتيه الى الارض وينصب رجله اليمنى ويثني اليسرى وجلوس
المرأة عنده كجلوس الرجل وقال ابو حنيفة واصحابه ينصب الرجل اليمنى
ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والاخيرة فقال
في الوسطى بمثل قول ابي حنيفة وفي الاخيرة بمثل قول مالك والسبب في اختلافهم
في ذلك تعارض الآثار وفي ذلك [illegible] ثلاثة آثار احدها وهو ثابت
باتفاق حديث ابي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه السلام
وفيه واذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى
واذا جلس في الركعة الاخيرة قدم رجله اليسرى ونصب الاخرى وقعد
على مقعدته والحديث الثاني حديث وائل بن حجر وفيه انه كان اذا
قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث ما رواه مالك
عن عبد الله بن عمر انه قال انما سنة الصلاة ان تنصب رجلك اليمنى وتثني
اليسرى وهو يدخل في المسند لقولهم فيه انما سنة الصلاة وفي رواية
عن القاسم بن محمد انه اراهم الجلوس في التشهد فنصب رجله اليمنى وثنى
الرجل اليسرى وجلس على وركه الايسر ولم يجلس على قدمه ثم
قال اراني هذا عبد الله بن عمر وحدثني ان اباه كان يفعل ذلك فذهب مالك
مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب ابو حنيفة مذهب الترجيح لحديث
وائل وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث ابي حميد وذهب الطبري
مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الافعال المختلفة
اولى ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض اكثر
ذلك في الفعل مع القول او في القول مع القول. المسألة الرابعة

اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والاخيرة فذهب الاكثر في الوسطى الى
انها سنة وليست بفرض وشذ قوم فقالوا انها فرض وكذلك ايضا اختلفوا في
الجمهور في الجلسة الاخيرة الى انها فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست
بفرض والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الاحاديث وقياس احدى
الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث ابي هريرة المتقدم اجلس
حتى تطمئن جالسا فاوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها
فمن اخذ بهذا قال الجلوس كله فرض ومما جاء في حديث ابن بحينة الثابت
انه عليه السلام اسقط الجلسة الوسطى ولم يرجع لها وسجد لها وثبت
عنه انه اسقطها ولعله غير هذا وكذلك الركعة فقاس الفقهاء وهذا الفرق
بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضا بالاجماع
فوجب ان لا تكون الجلسة الوسطى فرضا فهذا هو الفرق الذي فرق
العلماء بين الجلستين وراوا ان سجود السهو انما يكون للسنن دون
الفروض ومن راى انها فرض قال السجود للجلسة الوسطى شيء يخصها
دون سائر الفرائض وليس في الاحاديث دليل على انها ليست بفرض واما من ذهب
الى انهما كلاهما سنة فقاس الجلسة الاخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد
في الوسطى بالدليل الذي اعتقد الجمهور انها سنة فالسبب في
اختلافهم في هذه الحقيقة انما هو معارضة القياس لظاهر القول
او لظاهر الفعل فان من الناس من يحمل افعاله على ان الجلستين كلاهما
فرض من جهة ان افعاله عليه السلام الاصل فيها ان تكون في الصلاة
محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذا
الاصل ان جميعا يقتضيان ههنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه
الاكثر الجمهور من غير ان يكون له معارض الا القياس اعني في الاصل
القول والعمل ولذلك اصح الاقاويل من راى ان الجلستين سنة
والله اعلم وثبت عنه عليه السلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته

اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير باصبعه واتفق العلماء
على ان هذه هيئة الجلوس المستحسنة واختلفوا في تحريك الاصبع لا
ختلاف الاثار في ذلك والثابت انه كان يشير بها

المسألة الخامسة

اختلف العلماء في وضع اليدين احداهما على الاخرى في الصلاة فكره ذلك
مالك في الفرض واجازه في النفل وراى قوم ان هذا من سنن الصلاة وهم
الجمهور والسبب في اختلافهم انه قد جاءت اثار ثابتة نقلت فيها صفة صلاته
عليه السلام ولم ينقل فيها انه كان يضع اليمنى على اليسرى وثبت ايضا
ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ايضا ذلك من صفة صلاته في حديث
ابي حميد فراى قوم ان الاثار التي اثبتت ذلك اقتضت زيادة على الاثار
التي لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب ان يصار اليها وراى
قوم ان الاوجب المصير الى الاثار التي ليس فيها هذه الزيادة لكون
الزيادة ليست مناسبة لافعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة
ولذلك اجازها مالك في النفل ولم يجزها في الفرض وقد يظهر من امرها
انها هيئة تقتضي الخضوع وهو الاولى بها

المسألة السادسة

اختلف قوم اذا كان الرجل في وتر من صلاته ان لا ينهض حتى يستوي قاعدا
واختلفوا هل ينهض من سجوده نفسه فبالاول قال الشافعي
وجماعة وبالثاني قال مالك وجماعة والسبب في اختلافهم في ذلك ان في ذلك حديثين
مختلفين احدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت انه راى رسول الله
يصلي فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعدا وفي حديث
ابي حميد في صفة صلاته عليه السلام انه لما رفع راسه من السجدة الثانية
من الركعة الاولى لم يتورك فاخذ بالحديث الاول الشافعي وبالثاني
قال مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه او ركبتيه
قبل يديه فمذهب مالك وضع اليدين قبل الركبتين والسبب في ذلك ان في ذلك حديثين
ابن عمر قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه

ثم

النوافل

واذا سجد وضع يديه قبل ركبتيه وعن ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال
اذا سجد احدكم فلا يبرك ولا يضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر
يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض اهل الحديث حديث وائل بن حجر اثبت
من حديث ابي هريرة **المسألة السابعة** اتفق العلماء على ان السجود
يكون على سبعة اعضاء الوجه واليدين والركبتين واطراف القدمين
لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعضاء واختلفوا فيمن سجد
على وجهه ونقص السجود على عضو من تلك الاعضاء هل تبطل صلاته ام لا
فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال
قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة اعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان
من سجد على جبهته وانفه جاز وان سجد على انفه دون جبهته لم يجز وقال ابو
حنيفة يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز ان يسجد عليهما جميعا وسبب
اختلافهم هل الواجب امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم او كله وذلك
ان في حديثه عليه السلام الثابت عن ابن عباس امرت ان اسجد على
سبعة اعضاء فذكر منها الوجه فمن راى ان الواجب هو بعض ما ينطلق
عليه الاسم قال اذا سجد على الجبهة او الانف اجزا ومن راى ان اسم السجود
يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الانف اجاز السجود على
الجبهة دون الانف وهذا كانه تجويز للبعض الذي امتثاله هو الواجب مما
ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين ابعاض الشيء فيرا
ان بعضا يقوم في امتثاله مقام الوجوب وبعضا لا يقوم مقامه فتامل
هذا فانه اصل في هذا الباب والاجاز لقائل ان يقول انه ان مس من انفه
مقدار جزء الارض في سجوده واما من راى ان الواجب هو امتثال كل ما
ينطلق عليه الاسم والواجب عنده ان يسجد على الجبهة والانف والشافعي
يقول ان هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد ازاله فعله عليه السلام
وسنته فانه كان يسجد على الانف والجبهة لما جاء انه انصرف والصلاة

على جبهته وانفه فقط سجد واختلفوا فيمن سجد على جبهته دون انفه وقال مالك ان سجد على

وعلى

بيبس

وعلى جبهته وانفه اثر الطين والماء فوجب ان يكون فعله مفسرا للحديث
المجمل قال ابو عمر بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس في
فذكروا فيه الانف والجبهة قلت وذكر بعضهم الجبهة فقط وكلا الروايتين
في كتاب مسلم وذلك حجة لمالك واختلفوا ايضا هل من شرط السجود
ان يكون ما يسجد عليه الانسان هو الارض او ما هو غير محمول الذي يوضع عليه الوجه ام
ليس من شرط السجود فقال مالك ذلك من شرط السجود احسبه شرط كمال
وقال جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود
على طاقات العمامة للناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالاجازة
وقول بالفرق بين ان يسجد على طاقات يسيرة من العمامة او كثيرة وقول
بالفرق بين ان يمس من جبهته الارض شيء او لا يمس منها شيء وهذا
الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء الامصار وفي البخاري كانوا
يسجدون على القلانس والعمائم واحتج من لم ير ان اليدين في السجود
بقول ابن عباس امر النبي صلى الله عليه وسلم ان يسجد على سبعة اعضاء ولا
يكف شعرا ولا ثوبا وقياسا على الركبتين ومكانا مختصا بهذا العضو
في السجود على العمامة **المسألة الثامنة** اتفق العلماء على كراهية
الاقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهي عن ان يقعي الرجل في الصلاة
كما يقعي الكلب الا انهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم راى ان الا
قعاء المنهي عنه جلوس الرجل على اليتيه في الصلاة ناصبا فخذيه مثل
اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيئات
الصلاة وقوم راوا ان معنى الاقعاء الذي نهي عنه هو ان يجعل اليتيه على عقبيه
بين السجدتين وان يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روي
عن ابن عمر انه ذكر انه انما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكي قدميه واما
ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين في السجود على هذه الصفة
هو سنة نبيك خرجه مسلم وسبب اختلافهم تردد اسم الاقعاء

المنهي عنه في الصلاة هل يدل على المعنى اللغوي او يدل على معنى شرعي
اعني على هيئة خاصة في الشرع بهذا الاسم فمن راى انه يدل على المعنى اللغوي
قال هو اقعاء الكلب ومن راى انه يدل على معنى شرعي قال الاقعاء المنهي
احد هيئات الصلاة المنهي عنها وكما ثبت عن ابن عمر انه قعود الرجل على
صدور قدميه ليس من سنة الصلاة فسموا الى ان هذا الاقعاء هو الهيئة
هي التي اريد بالاقعاء المنهي عنه وهذا ضعيف لان الاسماء التي تثبت
لها معان شرعية اعني انه يجب ان يحمل على المعاني الشرعية حتى يدل
الدليل على المعنى اللغوي مع انه قد صار من حديث ابن عمر وحديث ابن
عباس [illegible] من الجملة الثالثة وهذا الباب
الكلام فيه يشتمل على سبعة فصول احدها في معرفة حكم صلاة
الجماعة والثاني في معرفة شروط الامامة ومن اولى بالتقدم واحكام
الامام الخاصة به الثالث في مقام المأموم من الامام واحكام المأموم
الخاصة به الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم الامام مما ليس يتبعه
الخامس في صفة الاتباع السادس فيما يحمله الامام عن المأمومين
السابع في الاشياء التي اذا فسدت لها صلاة الامام تعدت الى
المأمومين **الفصل الاول** وفي هذا الباب مسألتان احداهما هل
صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء او ليست بواجبة والمسألة الثانية
انه اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه ان يصلي مع الجماعة
الصلاة التي صلاها ام لا اما **المسألة الاولى** فان العلماء اختلفوا
فيها فذهب الجمهور الى انها سنة او فرض على الكفاية وذهب الظاهرية
الى ان صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف والسبب في اختلافهم
تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه السلام صلاة
الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة او بسبع وعشرين درجة
يعطي ان الصلاة في الجماعة من جنس المندوب اليه وكأنها كمال زائد على الصلاة

الواجبة

الواجبة فكأنه قال عليه السلام صلاة الجماعة اكمل من صلاة المنفرد والكمال
انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الاعمى المشهور حين استاذنه في التخلف
عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال عليه السلام اتسمع
النداء قال نعم قال لا اجد لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر
خرجه مسلم ومما يقوي هذا حديث ابي هريرة المتفق على صحته وهو ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لقد هممت ان آمر بحطب
فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم اخالف الى
رجال فاحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو علم احدهم انه يجد عظما سمينا
او مرماتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه ان
رسول الله علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي
يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم وسلك كل
واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع بتأويل حديث مخالفه وصرفه
الى ظاهر الحديث الذي تمسك به فاما اهل الظاهر فانهم قالوا ان التفاضل
لا يمتنع ان يقع في الواجبات انفسها اي ان صلاة الجماعة في حق من فرضه
صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة
لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحد
يثين واحتج الفريق الآخر بقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من
صلاة القائم وقال بعض الاصحاب في جوابهم ان هذا الحديث ورد
في النافلة والنافلة يجوز للمصلي فعلها قاعدا وقائما واما الواجب
فمن قدر الله عليه يحمل حديث الاعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك
هو النداء الذي يجب على من سمعه الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد
والله اعلم لان في الحديث ان ابا هريرة قال اتى النبي رجل اعمى فقال
يا رسول الله انه ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأل رسول الله ان يرخص
له فيصلي في بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال هل تسمع النداء بالصلاة

فقال نعم قال اجب وظاهر هذا يوجب ان يجب عنده نداء الجمعة مع الاتيان
الى صلاة الجمعة واجب على من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولا اعرف
في ذلك خلافا وعارض هذا كله حديث عتبان بن مالك المذكور في الموطا
وفيه ان عتبان بن مالك كان يؤم قومه وهو اعمى وانه قال لرسول الله انها تكون
الظلمة والمطر والسيل وانا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله في بيتي
مكانا اتخذه مصلى فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اين تحب ان
اصلي فاشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم
واما المسألة الثانية فان اذا دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من احد
وجهين اما ان يكون صلى منفردا واما ان يكون صلى في جماعة فان كان صلى
منفردا فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط وممن قال بهذا
القول مالك واصحابه وقال ابو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب
والعصر وقال الاوزاعي الا المغرب والصبح وقال ابو ثور الا العصر والفجر
وقال الشافعي يعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب اعادة
الصلاة عليه بالجملة لحديث بسر بن محجن عن ابيه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه ما لك لم تصل مع الناس الست
برجل مسلم قال بلى يا رسول الله ولكني صليت في اهلي فقال عليه السلام
اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت واختلف الناس لاحتمال
تخصيص هذا العموم بالقياس او بالدليل فمن حمله على عمومه اوجب عليه
اعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعي واما من استثنى من ذلك
صلاة المغرب فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك وذلك انه
زعم ان صلاة المغرب هي وتر فلو اعيدت لاشبهت صلاة الشفع التي
ليست بوتر لانها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت
تنتقل من جنسها الى جنس صلاة اخرى وفي ذلك مبطل لها وهذا القياس
فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الاوتار والتمسك بالعموم اقوى من

الاستثناء

الاستثناء لهذا العموم من القياس واضعف من هذا ما ذهب اليه الكوفيون من
ان اعادتها يكون شفعا او من غير وتر وهو بما جاء في الاثر لا وتران في ليلة واما
ابو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له نافلة فان اعاد العصر يكون
قد تنفل بعد العصر فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر
والوتر لا يعاد وهذا قياس حسن ان سلم ان الصلاة الاخرة تكون
نفلا واما من فرق بين العصر والصبح فان الاوزاعي تخلف الاثار في النهي
عن الصلاة بعد الصبح واختلف الاثار في الصلاة بعد العصر فيما تقدم
وهو الاوزاعي واما اذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة اخرى فاكثر
الفقهاء على انه لا يعيد منهم مالك وابو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وممن
قال بهذا القول احمد وداوود واهل الظاهر والسبب في اختلافهم
تعارض مفهوم الاثار في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه السلام انه قال
لا تصلى صلاة في يوم مرتين وروي عنه انه امر الذين صلوا ان يعيدوا مع
الجماعة الثانية وايضا فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل
مصل اذا جاء المسجد فمن رجح قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام
على سبب خاص انه لا يقصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه السلام
ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة بعينها دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة
من مذهب الشافعي فهذه الاثار من مذهب الجمع ومن مذهب الترجيح اما من ذهب
مذهب الترجيح فانه اخذ بعموم قوله عليه السلام لا تصلى صلاة واحدة
في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق
عليها واما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه السلام
لا تصلى صلاة في يوم مرتين ان ذلك ان يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها
مرتين يعتقد في كل واحدة منهما انه فرض بل يعتقد في الثانية انها
زائدة على الفرض ولكنه مامور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث انما
هو للمنفرد اعني ان لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين

الفصل الثاني وفي هذا الفصل مسايل المسئلة الاولى

اختلفوا فيمن اولى بالامامة فقال مالك يوم القوم افقههم لا اقراهم
وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة والثوري واحمد يوم القوم
اقراهم والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في مفهوم قوله عليه
السلام يوم القوم اقراهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء
فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا
في الهجرة سواء فاقدمهم سنا ولا يومن الرجل الرجل في سلطانه
ولا يقعد في بيته على تكرمته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن
اختلف العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو ابو حنيفة
ومنهم من فهم من الاقرا هنا الافقه لانه زعم ان الحاجة الى الفقه في الامامة
امس من الحاجة الى القراءة وايضا فان الاقرا من الصحابة كان هو الافقه
ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم المسئلة الثانية اختلف
الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قاريا فاجاز ذلك قوم
لعموم هذا الاثر ولحديث عمرو بن سلمة انه كان يوم قومه وهو صبي ومنع
ذلك قوم مطلقا واجازه قوم في النفل ولم يجيزوه في الفريضة وهو مروي
عن مالك وسبب الاختلاف في هذا هل يوم احد في صلاة غير واجبة عليه
من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية المأموم والامام المسئلة الثالثة
اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم باطلاق واجازها قوم باطلاق
وفرق قوم بين ان يكون فسقه مقطوعا به او غير مقطوع به فقالوا ان كان
فسقه مقطوعا به اعاد المصلي وراءه ابدا وان كان مظنونا استحب
له الاعادة في الوقت وهو الذي اختاره الابهري تاولا على المذهب ومنهم
من فرق بين ان يكون فسقه بتاويل او يكون بغير تاويل مثل الذي يشرب النبيذ
بتاويل فاجازوا الصلاة وراء المتاول ولم يجيزوها وراء
غير المتاول وسبب اختلافهم في هذا انه شي مسكوت عنه في الشرع

والفاسق

والقياس فيه متعارض فمن راى ان الفسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن
يحتاج المأموم من امامه الا صحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل
عن المأموم اجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم
الفاسق ان يكون يصلي صلاة فاسدة كما يتهم في الشهادة ان يكذب لم يجز
امامته ولذلك فرق قوم بين ان يكون فسقه بتاويل او بغير تاويل
ومن هاهنا فرق من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعا به لانه
اذا كان مقطوعا به فكانه غير معذور في تاويله وقد ذهب اهل الظاهر
الى تجويز امامة الفاسق بعموم قوله عليه السلام يوم القوم اقراهم
قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقا من غير فاسق والاحتجاج بالعموم
في غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه في شروط
صحة الصلاة او في امر خارج عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه
وقوع صلاته صحيحة المسئلة الرابعة اختلفوا في امامة المراة
فالجمهور على انه لا يجوز ان تؤم الرجال واختلفوا في امامتها النساء
فاجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشذ ابو ثور والطبري
فاجازا امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها ان تؤم
الرجال لانه لو كان جايزا لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه ايضا لما كانت
سنتهن في الصلاة التاخير عن الرجال علم انه ليس يجوز لهن التقدم عليهم
لقوله عليه السلام اخروهن حيث اخرهن الله ولذلك اجاز بعضهم
امامتها النساء اذ هن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه ايضا
نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن اجاز امامتها فانما ذهب الى ما رواه
ابو داود من حديث ام ورقة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها في بيتها
وجعل لها مؤذنا يؤذن لها وامرها ان تؤم اهل دارها وفي هذا الباب
مسايل كثيرة اعني في اختلافهم في الصفات المشترطة في الامام تركنا ذكرها
لكونها مسكوتا عنها في الشرع وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر
المسايل المسموعة وما له تعلق قريب بالمسموع

واما احكام الامام

الخامسة وفي هذا الفصل اربع مسائل متعلقة بالسمع احداها هل يؤمن
الامام اذا فرغ من قراءة ام القرآن ام المأموم هو الذي يؤمن فقط والثانية
متى يكبر تكبيرة الاحرام والثالثة اذا ارتج عليه هل يفتح عليه ام لا
والرابعة هل يجوز ان يكون موضعه ارفع من موضع المأمومين فاما
هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام الكتاب فان مالكا ذهب في رواية ابن
القاسم عنه والمصريين انه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه
يؤمن كالمأموم سواء وهي رواية المدنيين عن مالك وسبب اختلافهم
ان في ذلك حديثين متعارضي الظاهر احدهما حديث ابي هريرة المتفق
عليه في الصحيح انه قال قال رسول الله اذا امن الامام فامنوا والحديث الثاني
ما خرجه مالك عن ابي هريرة ايضا انه قال عليه السلام اذا قال الامام غير
المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين فاما الحديث الاول فهو نص
في تأمين الامام واما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن
وذلك انه لو كان يؤمن لما امر المأموم بالتأمين عند الفراغ من ام الكتاب
قبل ان يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم
به الا ان يخص هذا من اقوال الامام اعني ان يكون للمأموم ان يؤمن معه او قبله
فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم
فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذي رواه لكون
السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول لكونه
نصا ولانه ليس فيه شيء من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث
الآخر في موضع تأمين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام او لا يؤمن فتأمل
هذا ويمكن ايضا ان يتأول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله فاذا امن
فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين هو الدعاء وهذا
عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الا ان يفهم من قوله
اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين انه لا يؤمن الامام واما
متى يكبر الامام فان قوما قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف

الا بقياس

وهو مذهب

وهو مذهب مالك والشافعي وقوم وقالوا في موضع التكبير هو قبل ان يتم
الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب
ابي حنيفة والثوري وزفر وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث انس
وحديث بلال اما حديث انس فقال اقبل علينا رسول الله قبل ان يكبر في الصلاة
فقال اقيموا صفوفكم وتراصوا فاني اراكم من وراء ظهري وظاهر هذا الكلام
منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ما روي عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة
واستوت الصفوف حينئذ يكبر واما حديث بلال فروي انه كان يقول
للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول لرسول الله لا تسبقني بآمين قالوا فهذا
يدل على ان رسول الله كان يكبر والاقامة لم تتم واما اختلافهم في الفتح
على الامام اذا ارتج عليه فان مالكا والشافعي واكثر العلماء اجازوا الفتح
عليه ومنع ذلك الكوفيون وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك
انه روي عنه عليه السلام انه قال لا يفتح على الامام والقراءة في ذلك
الصدر الاول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور واما
موضع الامام فان قوما اجازوا ان يكون ارفع من موضع المأمومين وقوم
منعوا ذلك وقوم استحبوا في ذلك اليسير وهو مذهب مالك وسبب
الخلاف في ذلك حديثان متعارضان احدهما الحديث الثابت انه ام الناس
على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا اراد ان يسجد نزل من على المنبر والثاني
ما رواه ابو داود ان حذيفة ام الناس على دكان فاخذ ابن مسعود بقميصه
فجبذه فلما فرغ من صلاته قال الم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك او ينهى عن
ذلك وقد اختلفوا هل يجب على المأموم ان ينوي الائتمام ام لا فذهب
قوم الى انه ليس من واجب عليه لحديث ان عمل من انه علم الى جنبه رسول
الله بعد دخوله في الصلاة وراى قوم ان هذا محتمل وانه لا بد من ذلك اذ كان
يحمل بعض فعل الصلاة عن المأمومين وهذا على مذهب من يرى ان الامام
يحمل فرضا ونفلا عن المأمومين

الفصل الثالث في معرفة ما يتبع المأموم
من الامام والكلام في المأموم خاصة وفي هذا الباب خمس مسائل المسألة

كان

استحبوا

الاولى جمهور العلماء على ان سنة الواحد المنفرد ان يقوم عن يمين الامام
لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا
وراءه واختلفوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي
الى انهما يقومان خلف الامام وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون بل
يقوم الامام بينهما والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين
احدهما حديث جابر بن عبد الله قال قمت عن يسار رسول الله فاخذ بيدي فا
دارني حتى اقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بايدينا جميعا فدفعنا حتى اقامنا خلفه
والحديث الثاني حديث ابن مسعود انه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما
واسنده الى النبي قال ابو عمر اختلف رواة هذا الحديث فيه فبعضهم اوقفه
وبعضهم اسنده والصحيح انه موقوف واما سنة المراة ان تقف خلف
الرجل او الرجال ان كان هنالك رجل سوى الامام او خلف الامام ان كانت
وحدها فلا اعلم في ذلك خلافا لثبوت ذلك من حديث انس خرجه البخاري
ان النبي عليه السلام صلى به وبامه او خالته قال فاقامني عن يمينه واقام
المراة خلفنا والذي خرجه عنه ايضا مالك انه قال فصففت انا واليتيم
وراءه والعجوز من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور ان يقف عن يمين
الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم عن يساره وقال ولا
خلاف في المراة الواحدة انها تصلي خلف الرجل الواحد وان كان معه
رجل اخر صلى الى جنبه وصلت المراة خلفهما المسألة الثانية
اجمع العلماء على ان الصف الاول مرغب فيه وكذلك التراص فيه وتسويته
لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا اذا صلى
انسان خلف الصف وحده فالجمهور على ان صلاته تجزيه وقال احمد وابو ثور
وجماعة صلاته فاسدة وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث وابصة
ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه السلام لا صلاة لفذ
خلف الصف وكان الشافعي يرى ان هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف

الصف

الصف في حديث انس وكان احمد يقول في الحجة في العجوز ان سنة النساء
هو القيام خلف الرجال وكان الجمهور كما قلنا يضعف حديث وابصة وقال
ابو عمر هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واحتج الجمهور بحديث ابي
بكرة انه ركع دون الصف فلم يامره رسول الله بالاعادة وقال له لا تعد
زادك الله حرصا ولو حملوا هذا على القرب لم يكن تعارض الا بين حديث وابصة
وحديث ابي بكرة المسألة الثالثة اختلف الصدر الاول في الرجل
يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل يسرع المشي الى المسجد ام لا مخافة
ان يفوته جزء من الصلاة فروي عن عمر وابن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون
المشي اذا سمعوا الاقامة وروي عن زيد بن ثابت وابي ذر وغيرهم
من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعي بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة
وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث ابي هريرة الثابت اذا ثوب
بالصلاة فلا تاتوها وانتم تسعون واتوها وعليكم السكينة
ويشبه ان يكون سبب الخلاف في ذلك انهم لم يبلغهم هذا الحديث او راوا ان
الكتاب يعارضه لقوله تعالى واستبقوا الخيرات وقوله السابقون السابقون
اولئك المقربون وقوله سارعوا الى مغفرة من ربكم وبالجملة فاصول
الشرع تشهد للمبادرة الى الخير فاذا صح الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين
سائر اعمال القرب المسألة الرابعة متى يستحب للمأموم ان يقوم الى
الصلاة فبعضهم استحسن البدار اول الاقامة على الاصل التي ترغب في
المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعض عند قوله حي على الفلاح
وبعضهم قال حتى يرى الامام وبعضهم لم يحد في ذلك حدا كمالك فانه وكل ذلك
الى قدر طاقة الناس وليس في هذا شرع مسموع الا حديث ابي قتادة انه
قال عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى تروني فان صح هذا
وجب العمل به والا فالمسألة باقية على اصلها المعفو عنه اعني انه ليس فيها
شرع وانه متى قام كل حسن المسألة الخامسة ذهب مالك وكثير
من العلماء الى ان الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام

راسه منها او يقارب حتى يصل الى الصف الاول الا ان يركع دون الصف الاول
ثم يدب راكعا وكره ذلك الشافعي وفرق ابو حنيفة بين الجماعة والواحد
واجازه للجماعة وما ذهب اليه مالك يروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود
وسبب اختلافهم في تصحيح حديث ابي بكرة وهو انه دخل المسجد
ورسول الله يصلي بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الساعي قال ابو بكرة انا فقال زادك الله
حرصا ولا تعد **الفصل الرابع** في معرفة ما يجب على المأموم ان يتبع
فيه الامام واجمع العلماء على انه يجب على المأموم ان يتبع الامام في جميع
اقواله وافعاله الا في قوله سمع الله لمن حمده وفي جلوسه اذا صلى جالسا
لمرض عند من اجاز امامة الجالس **اما** اختلافهم في قوله سمع الله لمن حمده
فان طايفة ذهبت الى ان الامام يقول اذا رفع راسه من الركوع سمع الله
لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط وممن قال بهذا القول مالك
وابو حنيفة وغيرهما وذهبت طايفة اخرى الى ان الامام والمأموم جميعا
يقولان سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وان المأموم يتبع فيهما الامام كسائر
التكبير سواء وقد روي عن ابي حنيفة ان المنفرد والامام يقولهما جميعا
ولا خلاف في المنفرد اعني انه يقولهما جميعا وسبب الاختلاف ان في
ذلك حديثين متعارضين احدهما حديث انس ان النبي عليه السلام قال
انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال
سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد والحديث الثاني حديث ابن عمر ان النبي
صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع راسه
من الركوع رفعهما كذلك ايضا وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن
رجح مفهوم حديث انس قال لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الامام
ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه خلاف
حكم المنطوق به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب
على المأموم ان يتبع الامام في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله انما جعل الامام

ليوتم

ليؤتم به ومن جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين المأموم والامام والحق
في ذلك ان حديث انس يقتضي بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد
وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضي نصا ان الامام
يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص لدليل الخطاب وحديث انس
يقتضي بعمومه ان المأموم يقول سمع الله لمن حمده اعني عموم قوله انما جعل
الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها فوجب ان يرجح بين العموم
ودليل الخطاب ولا خلاف ان العموم اقوى من دليل الخطاب لكن العموم
ايضا يختلف في القوة والضعف ولذلك ليس يبعد ان يكون بعض ادلة
الخطاب اقوى من بعض ادلة العموم فالمسألة لعمري اجتهادية اعني
في المأموم **واما** المسألة الثانية وهي صلاة القائم خلف القاعد
فان تحصيل القول فيها ان العلماء اتفقوا على انه ليس للصحيح ان يصلي
فرضا قاعدا اذا كان منفردا او اماما لقوله تعالى وقوموا لله قانتين
واختلفوا اذا كان المأموم صحيحا فصلى خلف امام مريض يصلي قاعدا
على ثلاثة اقوال احدها ان المأموم يصلي خلفه قاعدا وممن قال بهذا
احمد واسحاق والقول الثالث انهم يصلون خلفه قياما قال ابو عمر بن عبد
البر وعلى هذا جماعة فقهاء الامصار الشافعي واصحابه وابو حنيفة
واصحابه واهل الظاهر وابو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون
وراءه قياما وان كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يومئ ايماء وروى
ابن القاسم عن مالك انه لا تجوز امامة القاعد وانه ان صلوا خلفه قياما
او قعودا بطلت صلاتهم وقد روي عن مالك انهم يعيدون الصلاة في الوقت
وهذا انما يبنى على الكراهية لا على المنع والاول هو المشهور عنه وسبب
الاختلاف تعارض الاثار في ذلك ومعارضة العمل للاثر اعني عمل المدينة
عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين احدهما حديث انس
وهو قوله عليه السلام واذا صلى قاعدا فصلوا قعودا وحديث عائشة
في معناه انه صلى الله عليه وسلم صلى وهو شاك جالسا وصلى وراءه قوم قياما

جالسا فاشار اليهم ان اجلسوا فلما انصرف قال انما جعل الامام ليوتم به فاذا ركع
فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالسا فصلوا جلوسا والحديث
الثاني حديث عائشة ان رسول الله خرج في مرضه الذي توفي فيه فاتى المسجد
فوجد ابا بكر وهو قائم يصلي بالناس فاستاخر ابو بكر فاشار اليه
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كما انت فجلس رسول الله الى جنب
ابي بكر فكان ابو بكر يصلي بصلاة رسول الله وكان الناس يصلون بصلاة
ابي بكر فذهب الناس في هذين الحديثين مذهب النسخ ومذهب الترجيح
فاما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة هو ان
النبي عليه السلام كان يؤم الناس وان ابا بكر كان مسمعا لانه لا يجوز
ان يكون امامان في صلاة واحدة وان الناس كانوا قياما وان النبي صلى الله
عليه وسلم كان جالسا فوجب ان يكون هذا من فعله عليه السلام اذ كان
اخر فعله ناسخا لقوله وفعله المتقدم واما من ذهب مذهب الترجيح
فانهم رجحوا حديث انس بان قالوا ان هذا الحديث قد اضطربت الرواية
عن عائشة فيه فيمن كان الامام هل رسول الله او ابو بكر واما مالك
فليس له مستند من السماع الا ان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة
القاعد وانما اختلفا في قيام المأموم او قعوده حتى انه لقد قال
ابو محمد بن حزم انه ليس في حديث عائشة ان الناس صلوا قياما ولا
قعودا وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشيء لم ينص عليه قال
ابو عمر وقد ذكر ابو مصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس
احد قاعدا فان امهم قاعدا فسدت صلاتهم وصلاته لان النبي عليه السلام
قال لا يؤمن احد بعدي قاعدا قال ابو عمر وهذا حديث لا يصح عند اهل
العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفي مرسلا وليس بحجة فيما اسند
فكيف فيما ارسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بما رواه

ربيعة بن ابي عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض
فكان ابو بكر هو الامام وكان رسول الله يصلي بصلاة ابي بكر وقال
ما مات نبي حتى يؤمه رجل من امته وليس فيه حجة الا ان يتوهم
انه انما اقتدى بابي بكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهو اصل
لا ينبغي ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث

الفصل الخامس

في صفة الاتباع وفيه مسألتان احداهما في وقت تكبيرة الاحرام للمأموم
والثانية في حكم من رفع راسه قبل الامام اما المسألة الاولى وقت
تكبيرة المأموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة
الاحرام قال وان كبر معه اجزاه وقيل لا يجزيه واما ان كبر قبله فلا
يجزيه وقال ابو حنيفة وغيره يكبر مع تكبير الامام فان فرغ قبله
لم يجزه واما الشافعي ففي مذهبه تفصيل وان كان احد قوليه مثل قول
مالك وهو الاشهر والثانية ان المأموم ان كبر قبل الامام اجزاه
وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان احدهما قوله عليه
السلام فاذا كبر فكبروا والثاني ما روي انه عليه السلام كبر
في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا ثم ذهب ثم رجع وعلى راسه
اثر الماء فظاهر هذا ان تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير
اولا لكونه عدم الطهارة وهو احد ما يعتمد عليه من قال ان صلاة الامام
غير مرتبطة بصلاة المأموم والحديث ليس فيه ذكر هل استانفوا
التكبير اولا فيبقى محتملا فليس ينبغي ان يحمل على احدهما الا بتوقيف
والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يقع من الامام اما التكبير
واما ما بعده واما من رفع راسه قبل الامام فان الجمهور يرون
انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه ان يرجع فيتبع الامام
وذهب قوم الى ان صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله
عليه السلام اما يخاف الذي يرفع راسه قبل الامام ان يحول الله راسه راس

جمار **الفصل السادس** واتفقوا على انه لا يحمل الامام عن المأموم
شيئا من فرائض الصلاة ما عدا القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على
ثلاثة اقوال احدها ان المأموم يقرأ مع الامام فيما اسر فيه ولا يقرأ
فيما جهر به والثاني انه لا يقرأ معه اصلا والثالث انه يقرأ معه فيما
اسر ام الكتاب وغيرها وفيما جهر ام الكتاب فقط وبعضهم فرق
في الجهر بين ان يسمع قراءة الامام او لا يسمع فاوجب عليه القراءة اذا
لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالاول قال مالك الا انه يستحسن
القراءة فيما اسر فيه الامام وبالثاني قال ابو حنيفة وبالثالث
قال الشافعي والتفرقة بين ان يسمع وبين ان لا يسمع هو قول احمد
ابن حنبل والسبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث في هذا الباب وبناء
بعضها على بعض وذلك ان في ذلك اربعة احاديث احدها قوله
عليه السلام لا صلاة الا بام الكتاب والثاني ما روي عن ابي هريرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال
هل قرأ معي منكم احد فقال رجل نعم انا يا رسول الله فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اني اقول ما لي انازع القرآن فانتهى الناس عن
القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم والثالث حديث عبادة
ابن الصامت قال صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة
فلما انصرف قال اني اراكم تقرءون وراء الامام قلنا نعم قال لا تفعلوا
الا بام القرآن وحديث عبادة بن الصامت هذا من رواية مكحول وغيره
متصل السند صحيح والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه السلام
قال من كان له امام فقراءته له قراءة وفي هذا ايضا حديث ثابت خرجه
ابن حنبل وهو ما روي انه قال عليه السلام اذا قرأ الامام فانصتوا فاختلف
الناس في وجه جمع هذه الاحاديث فمن الناس من استثنى من النهي عن القراءة
فيما جهر فيه الامام قراءة ام القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم

واستثنى

77

واستثنى من عموم قوله عليه السلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب المأموم فقط
في صلاة الجهر لمكان النهي الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الامام في حديث
ابي هريرة واكد ذلك بظاهر قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له
وانصتوا الآية قالوا وهذا انما ورد في الصلاة ومنهم من استثنى
القراءة الواجبة على المصلي للمأموم فقط في كلتا الصلاتين او جعل
الوجوب الوارد في القراءة في حق الامام والمنفرد فقط مصيرا الى حديث
جابر وهو مذهب ابي حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصا لقوله
عليه السلام واقرأ ما تيسر معك لانه لا يرى وجوب قراءة ام القرآن في
الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقا على ما تقدم وحديث جابر لم
يروه مرفوعا الا جابر الجعفي ولا حجة فيما ينفرد به قال ابو
عمر هذا حديث لا يصح الا موقوفا على جابر **الفصل السابع**
واتفقوا انه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع ان صلاة المأموم
ليست تفسد واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد
الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم
بين ان يكون الامام عالما بجنابته او ناسيا لها فقالوا ان كان عالما
فسدت صلاتهم وان كان ناسيا لم تفسد صلاتهم وبالاول قال الشافعي
وبالثاني قال ابو حنيفة وبالثالث قال مالك وسبب اختلافهم هل صحة
انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام ام ليست مرتبطة فمن
لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة
ومن فرق بين السهو والعمد قصد الى ظاهر الاثر المتقدم وهو انه عليه
السلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا ثم انصرف وعلى
جسمه اثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعي يرى
انه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدءوا بالصلاة مرة ثانية **الباب**
الثالث من الجملة الثالثة والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر في
اربعة فصول الفصل الاول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه الثاني في شروطها

صلاة الجمعة الثالث في اركان الجمعة الرابع في احكام الجمعة

الفصل الاول

اما وجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذي عليه الجمهور لكونها بدلا من
واجب وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نودي
للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع والامر على الوجوب
ولقوله عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعة او ليختمن الله
على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة
انها سنة والسبب في هذا الخلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه
السلام ان هذا يوم جعله الله عيدا واما على من تجب فعلى من وجدت فيه
شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائدا اليها اربعة شروط
اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما اما المتفق عليهما فالذكورة
والصحة ولا تجب على امراة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا
من اهل الجمعة واما المختلف فيهما فهو المسافر والعبد فالجمهور على
انها لا تجب عليهما الجمعة وداود واصحابه على انه تجب عليهما الجمعة
وسبب اختلافهم في صحة الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه
السلام الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا اربعة عبد مملوك
او امراة او صبي او مريض وفي اخرى الا خمسة وفيه او مسافر والحديث
لم يصح عند اكثر العلماء

الفصل الثاني

واما شروط الجمعة فاتفقوا
على انها شروط الصلوات المفروضة بعينها اعني الثمانية المتقدمة ما عدا
الوقت والاذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة
بها اما الوقت فان الجمهور على ان وقتها هو وقت الظهر بعينه اعني
وقت الزوال وانه لا يجوز قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز ان تصلى
قبل الزوال وهو قول احمد بن حنبل والسبب في الاختلاف الاختلاف في مفهوم
الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرجه البخاري عن سهل بن سعد
انه قال ما كنا نتغدى في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل الا بعد
الجمعة ومثل ما روي انهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدران ظلال

فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال اجازها ومن لم يفهم منها الا التبكير
فقط لم يجز ذلك لئلا تعارض الاصول وقال الجمهور وذلك انه قد ثبت من حديث
انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي الجمعة حتى تميل الشمس وايضا
فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب ان يكون وقتها وقت الظهر فوجب
الجمع بين هذه الاحاديث ان تحمل تلك على التبكير اذ ليست نصا في الصلاة
قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور **واما** الاذان فان جمهور الفقهاء
اتفقوا على ان وقته هو اذا جلس الامام على المنبر واختلفوا هل يؤذن
بين يدي الامام مؤذن واحد فقط او اكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه
انما يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع
والشراء وقال آخرون بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم يؤذن ثلاثة و
السبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روى البخاري عن
السائب بن يزيد انه كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر
على عهد رسول الله وابي بكر وعمر فلما كان عثمان وكثر الناس زاد النداء
الثالث على الزوراء وروي ايضا عن السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة
لرسول الله الا مؤذن واحد وروي ايضا عن سعيد بن المسيب انه قال كان
الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله وابي بكر وعمر اذانا واحدا حين يخرج
الامام فلما كان زمان عثمان كثر الناس فزاد الاذان الاول ليتهيأ الناس
للجمعة وروى ابن حبيب ان المؤذنين كانوا على عهد رسول الله ثلاثة فذهب
قوم الى ظاهر ما رواه البخاري وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب
آخرون الى ان المؤذن واحد وقالوا ان معنى قوله فلما كان زمن عثمان
وكثر الناس زاد النداء الثالث ان النداء الثاني هو الاقامة واخذ
آخرون بما رواه ابن حبيب واحاديث ابن حبيب عند اهل العلم ضعيفة
ولا سيما فيما انفرد به **واما** شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم
الجمعة فاتفق الكل على ان من شرطها الجماعة واختلفوا في مقدار الجماعة
فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبري ومنهم من قال اثنان سوى الامام

ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول ابي حنيفة ومنهم من اشترط اربعين
وهو قول الشافعي واحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عددا ولكن
راى انه يجوز بما دون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب
مالك وحده بانهم الذين يمكن ان تتقرى بهم قرية وسبب اختلافهم في هذا
اختلافهم في اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك اثنان او ثلاثة وهل
الامام داخل فيهم ام ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه
الصلاة هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع او ما ينطلق عليه اسم الجمع
في غالب الاحوال وذلك هو اكثر من الثلاثة والاربعة فمن ذهب الى ان
الشرط في ذلك هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ما ينطلق
عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام في الجمع المشترط في ذلك قال
تقوم الجمعة باثنين الامام وواحد وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام في الجمع
قال باثنين سوى الامام ومن كان ايضا عنده ان اقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعد
الامام في جملتهم قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام في جملتهم
وافق قول من قال اقل الجمع اثنان ولم يعد الامام في جملتهم واما من اعتبر
ما ينطلق عليه في الاكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تنعقد بالاثنين
والاربعة ولم يحد في ذلك حدا ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده
حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكن ان يسكنوا على حدة من الناس
وهو مالك واما من اشترط الاربعين فمصيرا الى ما روي ان هذا العدد كان
في اول جمعة صليت بالناس فهذا هو احد شروط صلاة الجمعة اعني شروط
الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هو شرط وجوب فقط ومنها
ما هي في الامرين جميعا اعني شروط وجوب وشروط صحة واما الشرط الثاني
وهو الاستيطان فان فقهاء الامصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على ان الجمعة
لا تجب على مسافر وخالف في ذلك اهل الظاهر لايجابهم الجمعة على المسافر
واشترط ابو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد و
سبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق الى الاحوال الراتبة

التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعله اياها صلى الله عليه وسلم هل هي شرط
في صحتها او وجوبها ام ليست بشرط وذلك انه لم يصلها الا في جماعة ومصر
ومسجد جامع فمن راى ان اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطا
في صلاة الجمعة اشترطها ومن راى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون
غيره كاشتراط مالك المسجد وترك اشتراط المصر والسلطان ومن هذا
الموضع اختلفوا في كثير من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان في
مصر واحد ام لا تقام والسبب في اختلافهم في اشتراط الاحوال والافعال
المقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال اشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض
ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوما من الشرع انها حال من
الاحوال الموجودة للصلاة ولم ير مالك المصر والسلطان شرطا في
ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة وراى المسجد شرطا لكونه
اقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتاخرون من اصحابه هل من شرطه
المسجد السقف ام لا وهل من شرطها ان تكون الجمعة راتبة فيه ام لا
وهذا كله لعله تعمق في هذا الباب ودين الله يسر ولقائل ان يقول
ان هذه لو كانت شروطا في صحة الصلاة لما جاز ان يسكت عنها عليه
السلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم والله
المرشد للصواب

الفصل الثالث

في الاركان اتفق المسلمون على
انها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك في خمس مسائل
هي قواعد هذا الباب

المسئلة الاولى

في الخطبة هل هي شرط
في صحة الصلاة وركن من اركانها ام لا فذهب الجمهور الى انها
شرط وركن وقال قوم انها ليست بفرض وجمهور اصحاب مالك على انها فرض
الا ابن الماجشون وسبب اختلافهم هو الاحتمال المتطرق من احتمال كل
ما اقترن بهذه الصلاة ان يكون من شروطها او لا يكون فمن راى ان الخطبة
حال من الاحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهم انها عوض
من الركعتين اللتين نقصت من هذه الصلاة قال انها ركن من اركان هذه

في مسايل

الصلاة وشرط في صحتها او هل المقصود منها هو الموعظة المقصودة من
سائر الخطب فلما اعتقد فيها تشترطها من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف في
هذه الخطبة هل هي من جملة الاركان الراتبة من بين سائر الخطب وقد احتج
لوجوبها بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وقالوا هو الخطبة

المسئلة الثانية واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزئ منها فقال ابن
القاسم هو اقل ما ينطلق عليه اسم خطبة في كلام العرب من الكلام المؤلف
المبتدأ بحمد الله وقال الشافعي اقل ما يجزئ من ذلك خطبتان اثنتان
يكون في كل واحدة منهما قائما يفصل بينهما بجلسة خفيفة يحمد
الله في كل واحدة منهما في اولها ويصلي على النبي عليه السلام ويوصي بتقوى
الله ويقرأ شيئا من القرآن في الاولى ويدعو في الاخرة والسبب في اختلافهم
هو هل يجزئ من ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي او الاسم الشرعي فمن
رأى ان المجزئ اقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئا من الاقوال
التي نقلت عنه عليه السلام فيها ومن رأى ان المجزئ من ذلك اقل ما ينطلق
عليه الاسم الشرعي اشترط فيها اصول الاقوال التي نقلت من خطبته صلى
الله عليه وسلم اعني الاقوال الراتبة الغير متبدلة والسبب في هذا الخلاف
ان الخطب التي نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها اقوال راتبة وغير راتبة
فمن اعتبر الاقوال الغير الراتبة وغلب حكمها قال يكفي من ذلك اقل ما ينطلق
عليه الاسم اللغوي اعني اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الراتبة وغلب
حكمها قال لا يجزئ من ذلك الا اقل ما ينطلق عليه اسم خطبة في عرف الشرع
واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا
عند الشافعي وذلك انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة
للخطيب لم يجعله شرطا ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطا

المسئلة الثالثة اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة اقوال
فمنهم من رأى ان الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من احكام الخطبة
وهم الجمهور مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد وجميع فقهاء الامصار

وهؤلاء

وهؤلاء انقسموا ثلاثة اقسام فبعضهم اجاز التشميت ورد السلام في وقت
الخطبة وبه قال الثوري والاوزاعي وغيرهما وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت
وبعض فرق بين السلام والتشميت فقال يرد السلام ولا يشمت والقول الثاني
مقابل القول الاول وهو ان الكلام في حال الخطبة جائز الا في حين قراءة القرآن
فيها وهو مروي عن الشعبي وسعيد بن جبير وابراهيم النخعي والقول
الثالث الفرق بين ان يسمع الخطبة او لا يسمعها فان سمع انصت وان لم
يسمع جاز له ان يسبح او يتكلم في مسئلة من العلم وبه قال احمد وعطاء
وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم تفسد صلاته وروي عن ابن وهب انه
قال من لغا فصلاته ظهر اربع وانما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث
ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال اذا قلت لصاحبك انصت والامام
يخطب فقد لغوت واما من لم يوجبه فلا اعلم لهم شبهة الا ان يكونوا
يرون ان هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى واذا قرئ القرآن
فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون اي ان ما عدا القرآن فليس يجب
له الانصات وهذا فيه ضعف والله اعلم والاشبه ان يكون الحديث
لم يبلغهم واما اختلافهم في رد السلام وتشميت العاطس فالسبب
فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال ان يكون
كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالصمت
الامر بالسلام والتشميت اجازهما ومن استثنى من عموم الامر بالسلام
والتشميت الامر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك ومن فرق فانه استثنى
السلام من النهي عن الكلام في الخطبة واستثنى من عموم الامر بالتشميت
وقت الخطبة وانما ذهب كل واحد من هؤلاء الى واحد من هذه المستثنيات
لما غلب على ظنه من قوة العموم في احدهما وضعفه في الآخر وذلك ان
الامر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والامر برد السلام
والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام فمن استثنى الزمان الخاص
من الزمان العام لم يجز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة ومن استثنى

الكلام الظاهر من النهي عن الكلام العام اجازة الكل والصواب ان الاختيار لا
يستثناء احد العمومين لاحد الخصوصين الا بدليل فان عسر ذلك فيطلب
الترجيح في العمومات والخصوصات وترجيح تاكيد الاوامر بها والعوائد
بتفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بالجملة انه اذا تكافات الاوامر قوتها
واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هناك دليل على اي
يستثنى من اي وقع التمانع ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن وجه
الترجيح في العمومات والخصوصات الواقعة في امثال هذه المواضع
هو النظر الى جميع اصناف النسب الواقعة بين الخصوصين والعمومين
وهي اربع عمومان في مرتبة واحدة من القوة وخصوصان في مرتبة واحدة
من القوة فهذا لا يصار لاستثناء احدهما الا بدليل مقابل هذا وهو
خصوص في نهاية القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب ان يصار اليه
ولا بد اعني ان يستثنى من العموم الخصوص الثالث خصوصان في مرتبة واحدة
واحد العمومين اضعف من الثاني فهذا ينبغي ان يخصص منه العموم الضعيف
الرابع عمومان في مرتبة واحدة واحد الخصوصين اقوى من الثاني فهذا
يجب ان يكون الحكم فيه للخصوص القوي وهذا الحكم اذا تساوت الاوامر
فيهما من جهة التاكيد فان اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت
المقايسة ايضا بين قوة الالفاظ وقوة الاوامر ولعسر انضباط
هذه الاشياء قيل ان كل مجتهد مصيب وان الاثم عنه ساقط

المسألة الرابعة اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر
هل يركع ام لا فذهب بعض الى انه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب
بعض الى انه يركع والسبب في اختلافهم معارضة القياس لعموم
الاثر وذلك ان عموم قوله عليه السلام اذا جاء احدكم المسجد فليركع
ركعتين يوجب ان يركع الداخل في المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب
والامر بالانصات الى الخطيب يوجب بدليله ان لا يشتغل بشيء مما يشغل
عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الاثر ما ثبت من قوله عليه

السلام

81

السلام اذا جاء احدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين فان
هذا نص في موضع الخلاف والنص لا يجب ان يعارض بالقياس لكن يشبه
ان يكون الذي راعى مالك في هذا هو العمل مع ان هذا الحديث خرجه مسلم
وفي بعض رواياته ان النبي صلى الله عليه وسلم امر الرجل الداخل ان يركع
اذا جاء احدكم فيتطرق الى هذا الخلاف هل تقبل زيادة الراوي الواحد
اذا خالفه اصحابه عن الشيخ الاول الذي اجتمعوا في الرواية عنه ام لا

المسألة الخامسة اكثر الفقهاء على ان من سنة القراءة في
صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله
عليه السلام وذلك انه خرج مسلم عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان يقرأ في الركعة الاولى بالجمعة وفي الثانية باذا جاءك
المنافقون وروى مالك ان الضحاك بن قيس سال النعمان بن بشير ماذا كان
يقرأ رسول الله يوم الجمعة على اثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل
اتاك حديث الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان
قرأ غيره بسبح كان حسنا لانه مروي عن عمر بن عبد العزيز واما ابو حنيفة
فلم يوقت فيهما شيئا والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس
وذلك ان القياس يوجب ان لا يكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات
ودليل الفعل يقتضي ان يكون لها سورة راتبة فقد خرج مسلم عن النعمان
ابن بشير ان رسول الله كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى
وهل اتاك حديث الغاشية قال واذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد
قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على انه ليس هنا سورة راتبة وان الجمعة
ليس كان يقرأ بها دائما

الفصل الرابع في احكام الجمعة وفي هذا الباب
اربع مسائل الاولى هل يجب الجمعة الثانية على من يجب من خارج المصر
الثالثة في وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة الرابعة في جواز البيع يوم
الجمعة بعد النداء

المسألة الاولى اختلفوا في غسل الجمعة فذهب
الجمهور الى انه سنة وذهب اهل الظاهر الى انه فرض ولا خلاف فيما اعلم

ابو داود وقد

انه ليس شرطا في صحة الصلاة والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك
ان في هذا الباب حديث ابي سعيد الخدري وهو قوله عليه السلام غسل يوم
الجمعة واجب على كل محتلم كغسل الجنابة وفيه حديث عايشة قال كان الناس
عمال انفسهم فيروحون الى الجمعة بهيئتهم فقيل لو اغتسلتم والاول صحيح
والثاني خرجه مسلم وظاهر حديث ابي سعيد يقتضي وجوب الغسل
وظاهر حديث عايشة ان ذلك كان لموضع النظافة وانه ليس عبادة
وقد روي من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل
وهو نص في سقوط فرضيته الا انه حديث ضعيف المسئلة الثانية
واما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فان قوما قالوا لا تجب الجمعة
على من خارج المصر وقال قوم تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيرا
فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها
وهو شاذ ومنهم من قال يجب الاتيان اليها على ثلاثة اميال ومنهم
من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الاغلب وذلك ثلاثة
اميال من موضع النداء وهذان القولان عن مالك وهذه المسئلة تنبني
على شروط الوجوب وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار
وذلك انه ورد ان الناس كانوا ياتون الجمعة من العوالي في زمان النبي
عليه السلام وذلك ثلاثة اميال من المدينة وروى ابو داود ان النبي
عليه السلام قال الجمعة على من سمع النداء وروي الجمعة على من آواه
الليل الى اهله وهو اثر ضعيف المسئلة الثالثة واما اختلا
فهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه السلام
من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة الحديث فان الشافعي و
جماعة من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعات هي ساعات النهار فندبوا
الى الرواح من اول النهار وذهب مالك الى انها اجزاء ساعة واحدة
قبل الزوال او بعده وقال قوم هي بعد الزوال وقال قوم هي قبل الزوال
وهو الاظهر لوجوب السعي بعد الزوال الا على مذهب من يرى ان الواجب

تدخله الفضيلة المسئلة الرابعة واما اختلافهم في البيع وقت النداء
فان قوما قالوا يفسخ وقوما قالوا لا يفسخ البيع وسبب اختلافهم
هل النهي عن الشيء الذي اصله مباح اذا تقيد النهي بصفة يعود بفساد
المنهي عنه ام لا واما آداب الجمعة فثلاثة الطيب والسواك واللباس
الحسن الباب الرابع من الجملة الثالثة وهو القول في صلاة السفر
والسفر له تاثير في القصر باتفاق وفي الجمع باختلاف اما القصر فانه
اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو
قول عايشة وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم ان يفتنكم
الذين كفروا وقالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم انما قصر لانه كان خائفا و
اختلفوا في ذلك في خمسة مواضع احدها في حكم القصر والثاني في المسافة
والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر والرابع في الموضع الذي يبدا منه
المسافر بالتقصير والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه
اذا اقام في موضع ان يقصر الصلاة فاما حكم القصر فانهم اختلفوا
فيه على اربعة اقوال فمنهم من راى ان القصر هو فرض المسافر المتعين و
منهم من راى ان القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب الكفارة
ومنهم من راى ان القصر سنة ومنهم من راى انه رخصة وان الاتمام افضل وبا
لقول الاول قال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون باسرهم اعني انه فرض متعين
وبالثاني قال بعض اصحاب الشافعي وبالثالث اعني انه سنة قال مالك في اشهر
الروايات عنه وبالرابع اعني انه رخصة قال الشافعي في اشهر الروايات عنه
وهو المنصور عند اصحابه والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول
لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل ايضا للمعنى المعقول ولصيغة
اللفظ المنقول وذلك ان المعنى المعقول من قصر الصلاة للمسافر انما
هو للرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر وفي اشياء كثيرة ويؤيد
هذا حديث يعلى بن امية قال قلت لعمر انما قال الله تعالى ان خفتم ان يفتنكم
الذين كفروا من يرى قصر الصلاة في السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه

فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صدقة تصدق الله بها
عليكم فاقبلوا صدقته فمفهوم هذا الرخصة وحديث ابي قلابة عن رجل من
بني عامر انه اتى النبي عليه السلام فقال له النبي ان الله وضع عن المسافر
الصوم وشطر الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف والاخذ
ورفع الحرج لا ان القصر هو الواجب ولا انه سنة واما الاثر الذي يعارض
بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الاثار فحديث عائشة الثابت با
تفاق قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فاقرت صلاة السفر وزيدت في
صلاة الحضر واما دليل الفعل الذي يعارض المعنى المعقول ومفهوم الاثر
المنقول فانه ما نقل عنه عليه السلام من قصر الصلاة في كل اسفاره
وانه لم يصح عنه عليه السلام اتمام الصلاة قط ومن ذهب الى انه سنة
او واجب مخير فانه حمل على ذلك انه لم يصح عنده ان النبي عليه السلام
اتم الصلاة وما هذا شانه فقد يجب اما ان يكون احد الواجب المخير فيه واجبا
مخيرا واما ان يكون سنة واما ان يكون فرضا معينا لكن كونه فرضا معينا يعا
رضه المعنى المعقول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب ان يكون
واجبا مخيرا او سنة وكان هذا نوعا من طريق الجمع وقد اعتلوا لحديث عائشة
بالمشهور عنها من انها كانت تتم وروى عطاء عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يتم في السفر الصلاة ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر
ويؤخر المغرب ويعجل العشاء ومما يعارضه ايضا حديث انس وابي نجيح
المكي قال اصطحب اصحاب محمد فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم
يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء
ولم يختلف في اتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضع
الاول واما اختلافهم في الموضع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها
القصر فان العلماء اختلفوا في ذلك ايضا اختلافا كثيرا فذهب مالك
والشافعي واحمد وجماعة كثيرة الى ان الصلاة تقصر في اربعة برد وذلك مسيرة
يوم بالسير الوسط وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون اقل ما تقصر فيه

الصلاة ثلاثة ايام وان القصر انما هو لمن سار من افق الى افق وقال اهل الظاهر
القصر في كل سفر قريبا كان او بعيدا والسبب في اختلافهم معارضة المعنى
المعقول من هذه اللفظة وذلك ان المعقول من تاثير السفر في القصر انه
لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تاثيره في الصوم واذا كان الامر كذلك
فيجب القصر حيث المشقة واما من لا يراعي في ذلك الا اللفظ فقط فقالوا
فقد قال عليه السلام ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من
انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر وايدوا ذلك بما رواه مسلم
عن عمر بن الخطاب ان النبي عليه السلام كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلا
وذهب قوم الى القول الاخر كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله
تعالى ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا
ان النبي صلى الله عليه وسلم انما قصر لانه كان خائفا واما اختلاف اولئك
الذين اعتبروا المسافة فسببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان مذهب
الاربعة برد مروي عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة الايام
مروي ايضا عن ابن مسعود وعثمان وغيرهم واما الموضع الثالث وهو
اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فراى بعضهم ان ذلك مقصور
على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول احمد ومنهم
من اجازه في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك
والشافعي ومنهم من اجازه في كل سفر قربة كان او مباحا او معصية
وبه قال ابو حنيفة واصحابه وابو ثور والسبب في اختلافهم معارضة
المعنى المعقول او ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة
او ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر ومن اعتبر دليل الفعل
قال انه لا يجوز الا في السفر المتقرب به لان النبي عليه السلام لم يقصر قط
الا في سفر متقرب به واما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة
التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة او لا وهذه مسالة
عارض فيها اللفظ المعنى واختلف الناس فيها لذلك واما اختلافهم

في الموضع الذي منه يبدأ المسافر بالتقصير فإن مالكا قال في الموطأ لا يقصر
الصلاة الذي يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل بيوتها أو قر
ب وروي عنه لا يقصر إذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة أميال وذلك
عنده أقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر في إحدى الروايتين عنه
وبالقول الأول قال الجمهور والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم
الاسم لدليل الفعل وذلك أنه إذا شرع في السفر انطلق عليه اسم مسافر
فمن راعى مفهوم الاسم قال إذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل
الفعل أعني فعله عليه السلام قال لا يقصر إلا إذا خرج من القرية ثلاثة
أميال لما صح من حديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا خرج مسيرة
ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين وأما اختلافهم
في الزمان الذي يجوز للمسافر إذا أقام فيه في بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى
فيه أبو عمر نحوا من أحد عشر قولا إلا أن الأشهر منها هو ما عليه فقهاء الأ
مصار ولهم في ذلك ثلاثة أقوال أحدها مذهب مالك والشافعي أ
نه إذا أزمع المسافر على إقامة أربعة أيام أتم والثاني مذهب أبي حنيفة
وسفيان الثوري أنه إذا أزمع إقامة خمسة عشر يوما أتم والثالث مذهب
أحمد وداود أنه إذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أتم وسبب الخلاف أنه أمر
مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك
رام هؤلاء كلهم أن يستدلوا لمذهبهم من الأحوال التي نقلت عنه عليه السلام
أنه أقام فيها مقصرا أو أنه جعل لها حكم المسافر فالفريق الأول احتجوا
لمذهبهم بما روي أنه عليه السلام أقام بمكة ثلاثا يقصر في عمرته وهذا ليس
فيه حجة على أنه النهاية للتقصير وإنما فيه حجة على أنه يقصر في الثلاث
فما دونها والفريق الثاني احتجوا لمذهبهم بما روي أنه أقام بمكة عام الفتح
مقصرا وذلك نحو من خمسة عشر يوما في بعض الروايات وقد روي سبعة
عشر يوما وثمانية عشر يوما وتسعة عشر يوما رواه البخاري عن
ابن عباس وبكل قال فريق والفريق الثالث احتجوا بمقامه في حجه بمكة

مقصرا

84

مقصرا أربعة أيام وقد احتجت المالكية لمذهبها بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم
جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على أن
إقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم اسم السفر وهي النكتة التي ذهب
الجميع إليها وراموا استنباطها من فعله عليه السلام أعني متى يرتفع
عنه بقصد الإقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على أنه إن كانت الإقامة
مدة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأي واحد منهم في تلك المدة
وعاقه عائق عن السفر أنه يقصر أبدا وإن أقام ما شاء الله ومن راعى
الزمان الأقل من مقامه تأول مقامه في الزمان الأكثر مما ادعاه خصمه على
هذه الجهة فقالت المالكية مثلا إن الخمسة عشر يوما التي أقامها عليه
السلام عام الفتح إنما أقامها وهو أبدا ينوي أنه لا يقيم أربعة أيام وهذا
بعينه يلزمهم في التحديد والأشبه بالمجتهد في هذا أن يسلك أحد أمرين إما
أن يجعل الحكم لأكثر الزمان الذي روي عنه عليه السلام أنه أقام فيه مقصرا
ويجعل ذلك حدا من جهة أن الأصل هو الإتمام فوجب أن لا يزاد على هذا الزمان
إلا بدليل أو يقول إن الأصل في هذا هو أقل الزمان الذي وقع عليه الإجماع
وما ورد من أنه عليه السلام أقام مقصرا أكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن
يكون إقامة لأنه جائز للمسافر ويحتمل أن يكون إنما أقامه بنية الزمان
الذي يجوز إقامته فيه مقصرا باتفاق فعرض له أن أقام أكثر من ذلك وإذا
كان الاحتمال وجب التمسك بالأصل وأقل ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو
قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن وروي عن الحسن البصري أن المسافر يقصر أبدا
إلا أن يقدم مصرا من الأمصار وهذا بناء على أن اسم السفر واقع عليه حتى
يقدم مصرا من الأمصار فهذه هي أمهات المسائل التي تتعلق بالقصر و

أما الجمع فإنه يتعلق به مسائل ثلاث أحدها جوازه والثانية في صفة
الجمع والثالثة في مبيحات الجمع أما جوازه فإنهم أجمعوا على أن الجمع
بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة
أيضا في وقت العشاء سنة أيضا واختلفوا في الجمع في غير هذين المكانين

فأجازه الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من المواضع التي لا
يجوز ومنعه أبو حنيفة وأصحابه بإطلاق وسبب اختلافهم اختلافهم في
تأويل الآثار التي رويت في الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لأنها كلها
أفعال وليست أقوالا والأفعال يتطرق إليها الاحتمال أكثر من تطرقه
إلى اللفظ وثانيا اختلافهم في تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم في إجازة
القياس في ذلك فهي ثلاثة أسباب كما ترى أما الآثار التي اختلفوا
في تأويلها فمنها حديث أنس الثابت باتفاق خرجه البخاري ومسلم قال
كان رسول الله إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل
فجمع بينهما فإن زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها
حديث ابن عمر خرجه الشيخان أيضا قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
إذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء
والحديث الثالث حديث ابن عباس خرجه مالك ومسلم قال صلى رسول الله
الظهر والعصر جميعا والمغرب والعشاء جميعا في غير خوف ولا سفر فذهب
القائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الأحاديث إلى أنه أخر الظهر إلى وقت
العصر المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون إلى أنه إنما أوقع الظهر
في آخر وقتها وصلاة العصر في أول وقتها على ما جاء في حديث إمامة جبريل
قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لأنه قد انعقد الإجماع أنه لا يجوز هذا
في الحضر لغير عذر أعني أن تصلى الصلاتان معا في وقت إحداهما واحتجوا
لتأويلهم أيضا بحديث ابن مسعود قال والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله
صلاة قط إلا في وقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين
المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضا فهذه الآثار محتملة أن تكون على
ما تأولناه نحن أو تأولتموه أنتم وقد صح توقيت الصلاة وتبيانها في الأوقات
فلا يجوز أن تنتقل عن أصل ثابت بأمر محتمل وأما الأثر الذي اختلفوا
في تصحيحه فما رواه مالك من حديث معاذ بن جبل أنهم خرجوا مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله يجمع بين الظهر والعصر

والمغرب

والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا ثم
دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعا فهذا الحديث لو صح لكان أظهر
من تلك الأحاديث في إجازة الجمع لأن ظاهره أنه قدم العشاء إلى وقت
المغرب وإن كان لهم أن يقولوا إنه أخر المغرب إلى وقت العشاء وصلى العشاء في أول
وقتها لأنه ليس في الحديث أمر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوي محتمل
وأما اختلافهم في إجازة القياس في ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات في
السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعني أن يجاز الجمع قياسا على تلك فيقال
صلاة وجبت في سفر فجاز أن تجمع أصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة
وهو مذهب سالم بن عبد الله أعني جواز هذا القياس لكن القياس
في العبادات يضعف فهذه هي أسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع
وأما صورة الجمع فاختلف فيه أيضا القائلون في الجمع أعني في السفر
فمنهم من رأى أن يؤخر الصلاة الأولى ويصلي مع الثانية وإن جمعتا معا
في أول الأولى جاز وهي إحدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين
الأمرين أعني أن يقدم الآخرة إلى أول وقت الأولى أو يعكس الأمر وهو مذهب
الشافعي وهي رواية أهل المدينة عن مالك والأولى رواية ابن القاسم
وإنما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لأنه الثابت من حديث أنس
ومن سوى بينهما فمصيرا إلى أنه لا يرجح بالعدالة أعني أنه لا تفضل عدالة
على عدالة في وجوب العمل بها ومعنى هذا أنه إذا صح حديث معاذ وجب
العمل به كما وجب بحديث أنس إذ كان رواة الحديثين عدولا وإن كان رواة
أحد الحديثين أعدل وأما الأسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز
الجمع على أن السفر منها واختلفوا في الجمع في الحضر وفي شروط السفر
المبيح له وذلك أن السفر منهم من جعله سببا مبيحا للجمع أي سفر كان وبأي
صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ونوعا من أنواع السفر
فأما الذي اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك في رواية ابن القاسم عنه
وذلك أنه قال لا يجمع المسافر إلا أن يجد به السير وإن خاف فوت أمر فيجمع

السير

ذلك وهو قول الشافعي وهي احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب
فانه راعى قول ابن عمر كان رسول الله اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا
المذهب فانما راعى حديث انس وغيره وكذلك اختلفوا ايضا في
نوع السفر الذي يجوز فيه الجمع فمنهم من قال هو سفر القربة كالحج
والعمرة وهذا على رواية ابن القاسم ومنهم من قال هو السفر المباح
دون سفر المعصية وهو قول الشافعي وهذا على رواية المدنيين عن مالك
والسبب في اختلافهم في هذا هو السبب في اختلافهم في السفر الذي تقصر فيه
وان كان هذا اخص بالتقصير لان القصر نقل قولا وفعلا والجمع انما نقل فعلا فقط
فمن اقتصر به على نوع السفر الذي جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه في غيره ومن
ذهب الى انه رخصة للمسافر عداه الى غيره من الاسفار واما الجمع في
الحضر لغير عذر فان مالكا واكثر الفقهاء لا يجيزونه واجاز ذلك
جماعة من اهل الظاهر واشهب من اصحاب مالك وسبب اختلافهم
اختلافهم في مفهوم حديث ابن عباس فمنهم من تأوله على انه كان في مطر كما
قال مالك ومنهم من اخذ بعمومه مطلقا وقد خرج مسلم زيادة في حديثه
وهو قوله في غير خوف ولا سفر ولا مطر وبهذا تمسك اهل الظاهر واما
الجمع في الحضر لعذر المطر فان اجازه الشافعي ليلا كان او نهارا
ومنعه مالك في النهار واجازه في الليل واجازه مالك في الطين دون المطر
في الليل وقد عذر الشافعي مالكا في تفريقه بين صلاة النهار في ذلك وصلاة
الليل لانه روى الحديث وتأوله اعني خصص عمومه من جهة القياس وذلك
انه قال في قول ابن عباس جمع رسول الله بين الظهر والعصر والمغرب
والعشاء في غير خوف ولا سفر ارى ذلك كان في مطر فلم يأخذ بعموم
الحديث ولا بتأويله اعني تخصيصه بل رد بعضه وتأول بعضه وذلك شيء
لا يجوز باجماع وذلك انه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر واخذ
بقوله والمغرب والعشاء وتأوله ولحسب ان مالكا انما رد بعض هذا
الحديث لانه عارضه في ذلك العمل فاخذ منه البعض الذي لم يعارضه العمل وهو الجمع في الحضر

العمل

بين المغرب

86

بين المغرب والعشاء على ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء
جمع معهم في المطر وفي هذا الاصل الذي هو العمل فيه يكون للمالكية عليه
نظر فان متقدمي شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك
لا وجه له فان اجماع البعض لا يحتج به وكان متأخروهم يقولون انه من باب
نقل التواتر ويحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما نقله اهل المدينة خلفا
عن سلف والعمل انما هو فعل والفعل لا يفيد التواتر الا ان يقترن به
القول فان التواتر طريقه الخبر لا العمل وان جعل الافعال تفيد التواتر
عسير بل لعله ممتنع والاشبه عندي ان يكون من باب عموم البلوى الذي
يذهب اليه ابو حنيفة وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السنن مع
تكررها وتكرر وقوع اسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها
على اهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف وهذا اقوى
من عموم البلوى الذي يذهب اليه ابو حنيفة لان اهل المدينة احرى ان لا يذهب
ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم ابو حنيفة في طريق النقل
وبالجملة العمل لا يشك انه قرينة اذا اقترنت بالشيء المنقول ان وافقته
افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت به ضعف ظن فاما هل تبلغ
هذه القرينة مبلغا ترد بها اخبار الاحاد الثابتة ففيه نظر وعسى
انها تبلغ في بعض ولا تبلغ في بعض لتفاضل الاشياء في شدة عموم البلوى
بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها امس وهي من تكرر
على المكلفين كان نقلها من طريق الاحاد من غير ان ينتشر قولا او عملا
فيه ضعف وذلك انه يوجب احد امرين اما انها منسوخة واما ان النقل
فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون في كتب الاصول وغيرها واما الجمع في الحضر
للمريض فان مالكا اباحه له اذا خاف ان يغمى عليه او كان به بطن ومنع
ذلك الشافعي والسبب في اختلافهم هو اختلافهم في تعدي علة الجمع
في السفر اعني المشقة فمن طرد العلة رأى ان هذا من باب الاولى والاحرى
وذلك ان المشقة على المريض في افراد الصلوات اشد منها على المسافر ومن لم يعد

هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة اي خاصة بذلك الحكم لم يتعد الى الـ

الباب الخامس

الجملة الثالثة وهو القول في صلاة الخوف اختلف

العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي عليه السلام وفي صفتها فاكثر

العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى واذا ضربتم في الارض

فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ولما ثبت من فعله عليه السلام

وعمل الائمة والخلفاء بعده بذلك وشذ ابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة

فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما

تصلى بعده بامامين يصلي واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلي الاخر

بطائفة اخرى وهي الحارسة ركعتين وتحرس التي قد صلت والسبب

في اختلافهم هل صلاة النبي باصحابه صلاة الخوف هي عبادة او هي لمكان فضل

النبي عليه السلام فمن رآها عبادة لم يرها خاصة بالنبي عليه السلام

ومن رآها لمكان فضل النبي رآها خاصة بالنبي والا فقد كان يمكن ان

ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد

خاصة من خواص النبي عليه السلام وتايد عنده هذا التاويل بدليل

الخطاب المفهوم من قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة الاية

ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهبت

طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت

الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان

ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول اية صلاة الخوف وانه منسوخ

بها واما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا

كثيرا لاختلاف الاثار في هذا الباب اعني المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم

صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات فمن ذلك ما خرجه مسلم

ومالك من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله يوم ذات الرقاع

صلاة الخوف ان طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتي

معه ركعة ثم ثبت قائما واتموا لانفسهم ثم انصرفوا وجاه العدو وجاءت

الطائفة

الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته ثم ثبت جالسا واتموا

لانفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعي وروى مالك هذا الحديث

بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا مثل حديث يزيد بن رومان

الا انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من

الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعي آثر المسند على الموقوف

ومالك آثر الموقوف لانه اشبه بالاصول اعني ان لا يجلس الامام حتى تفرغ

الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبع وغير مختلف عليه والصفة

الثالثة ما ورد في حديث ابي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن ابيه وبها قال الثوري

وجماعة وخرجه ابو داود قال صلى رسول الله صلاة الخوف فقامت طائفة وطائفة

مستقبلو العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا

فوقفوا بازاء العدو ثم جاء الاخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم

فقام هؤلاء فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام اولئك (ورجع اولئك الى مراتبهم)

قال ابو حنيفة واصحابه ما خلا ابو يوسف على ما تقدم والصفة الرابعة

الواردة في حديث ابن عياش الزرقي قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون

لقد اصبنا غفلة لو كنا حملنا عليهم وهم في الصلاة فنزلت اية القصر

بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله مستقبل القبلة

والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد

وبعد ذلك الصف صف اخر فركع رسول الله وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف

الذين يلونه وقام الاخرون يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد

الاخرون الذين كانوا خلفهم ثم تاخر الصف الذي يليه الى مقام الاخرين

وتقدم الصف الاخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله وركعوا جميعا

ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الاخرون يحرسونهم فلما جلس صلى الله

عليه وسلم والصف الذي يليه سجد الاخرون ثم جلسوا جميعا فسلم بهم

جميعا وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بني سليم قال

ابو داود وروي هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن ابي موسى

بعد

وعن هشام بن عروة عن ابيه عن النبي عليه السلام قال وهو قول الثوري وهو
احد قولي ابي يوسف وفي هذه الصفة كثير عمل مخالف لافعال الصلاة
المعروفة والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال ثعلبة بن
زهدم كنا مع سعيد بن العاص بطبرستان فقال ايكم صلى مع رسول
الله صلاة الخوف فقال حذيفة انا فصلى بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة
ولم يقضوا شيئا وهذا مخالف للاصول مخالفة كثيرة وخرج ايضا عن
ابن عباس في معناه انه قال الصلاة على لسان نبيكم في الحضر اربع وفي
السفر ركعتان وفي الخوف ركعة واجاز هذه الصفة الثوري والصفة
السادسة الواردة في حديث ابي بكرة وحديث جابر عن النبي عليه السلام
انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه
دليل على اختلاف نية الامام والماموم لكونه متما وهم مقصرين خرجه
مسلم والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي عليه السلام
انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة
من الناس فيصلي بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا
فاذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون
ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى
ركعتين فيقوم كل واحد من الطائفتين فيصلون لانفسهم ركعة بعد ان
ينصرف الامام فيكون كل واحد من الطائفتين قد صلوا ركعتين فان كان
خوف اشد من ذلك صلوا رجالا قياما على اقدامهم او ركبانا مستقبلي
القبلة او غير مستقبليها وممن قال بهذه الصفة اشهب عن مالك
وجماعة قال ابو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد بنقل الائمة
اهل المدينة وهم اهل الحجة في النقل على من خالفهم وهو ايضا مع هذا
اشبه بالاصول لان الطائفة الاولى والثانية لم يقضوا الركعة الا بعد
خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء
المجمع عليها في سائر الصلوات واكثر العلماء على ما جاء في هذا الحديث
من انه اذا اشتد الخوف جاز ان يصلي مستقبل القبلة او غير مستقبليها

وايماء

88

وايماء من غير ركوع ولا سجود وخالف في ذلك ابو حنيفة فقال لا يصلي الخائف
الا الى القبلة ولا يصلي احد في حال المسايفة وسبب الخلاف في ذلك
مخالفة هذا الفعل للاصول وقد رأى قوم ان هذه الصفات كلها جائزة وان
للمكلف ان يصلي بأيتها احب

الباب السادس من الجملة الثالثة

في صلاة المريض واجمع العلماء على ان المريض مخاطب باداء الصلاة وانه يسقط
عنه فرض القيام اذا لم يستطعه ويصلي جالسا وكذلك يسقط عنه فرض
الركوع والسجود اذا لم يستطعهما او احدهما ويومئ مكانهما واختلفوا
فيمن له ان يصلي جالسا وفي هيئة الجلوس وفي هيئة الذي لا يقدر على
الجلوس ولا على القيام فاما من له ان يصلي جالسا فان قوما قالوا هو الذي
لا يستطيع القيام اصلا وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض
وهو مذهب مالك وسبب اختلافهم هل هو يسقط فرض القيام مع
المشقة او مع عدم القدرة وليس في ذلك اثر واما صفة الجلوس فان
قوما قالوا يجلس متربعا اعني الجلوس الذي هو بدل من القيام وكره ابن مسعود
الجلوس متربعا فمن ذهب الى التربيع فللفرق بينه وبين جلوس التشهد
ومن كرهه فلانه ليس من جلوس الصلاة واما صفة صلاة الذي لا يقدر على
القيام ولا على الجلوس فان قوما قالوا يصلي مضطجعا وقوم قالوا
يصلي كيف ما تيسر له وقوم قالوا يصلي مستلقيا ورجلاه الى الكعبة
على قدر طاقته وهو الذي اختاره ابن المنذر

الجملة الرابعة

وهذه
الجملة تشتمل من افعال الصلاة على التي ليست اداء وهذه هي اما
اعادة واما قضاء واما جبران لما نقص او زاد بالسجود ففي هذه
الجملة اذا ثلاثة ابواب الباب الاول في الاعادة الباب الثاني في
القضاء الباب الثالث في الجبران الذي يكون بالسجود

الباب الاول

في هذا الباب الكلام في الاسباب التي تقتضي الاعادة
وهي مفسدات الصلاة واتفقوا على ان من صلى بغير طهارة انه يجب
عليه الاعادة عمدا كان او ناسيا وكذلك من صلى لغير القبلة عمدا كان

او

أو نسيانا وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه
الإعادة وإنما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة وهاهنا مسائل
تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من شروط الصلاة اختلفوا فيها فمنها أنهم
اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضي الإعادة من أولها
إذا كان ذهب منها ركعة أو ركعتان قبل طرو الحدث أم يبني على ما قد مضى من
الصلاة فذهب الجمهور إلى أنه لا يبني لا في الحدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة
إلا في الرعاف فقط ومنهم من رأى أنه لا يبني لا في الحدث ولا في الرعاف وهو
الشافعي وذهب الكوفيون إلى أنه يبني في الأحداث كلها وسبب اختلافهم
أنه لم يرد في جواز ذلك أثر عن النبي عليه السلام وإنما صح عن ابن عمر أنه
رعف في الصلاة فبنى ولم يتوضأ فمن رأى أن هذا الفعل من الصحابي يجري مجرى
التوقيف إذ ليس يمكن أن يفعل مثل هذا بقياس أجاز هذا الفعل ومن كان
عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث أجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعده
لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده أنه حدث أجاز البناء في سائر الأحداث
قياسا على الرعاف ومن رأى أن هذا لا يجوز أن يصار إليه إلا بتوقيف من النبي
عليه السلام إذ قد انعقد الإجماع أن المصلي إذا انصرف إلى غير القبلة أنه
قد خرج من الصلاة وكذلك إذا فعل فيها فعلا كثيرا لم ير البناء إذا رعف
المسألة الثامنة اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شيء بين يدي
المصلي إذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة فذهب الجمهور إلى أنه
لا يقطع الصلاة شيء وأنه ليس عليه إعادة وذهبت طائفة إلى أنه يقطع
الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود وسبب هذا الخلاف معارضة
القول للفعل وذلك أنه خرج مسلم عن أبي ذر أنه عليه السلام قال يقطع
الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود وخرج مسلم والبخاري عن عائشة
أنها قالت لقد رأيتني بين يدي رسول الله معترضة كاعتراض الجنازة وهو
يصلي وروي مثل هذا قول الجمهور عن علي وعن أبي ولا خلاف بينهم في كراهية
المرور بين يدي المنفرد والإمام إذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة

ولم يروا بأسا أن يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأسا للذي يمر بين يدي المأموم
لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال أقبلت راكبا على أتان وأنا يومئذ قد ناهزت
الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي للناس بمنى فمررت بين يدي بعض الصفوف
فنزلت وأرسلت الأتان ترتع ودخلت في الصف فلم ينكر ذلك علي أحد وهذا
عندهم يجري مجرى المسند وفيه نظر وإنما اتفق الجمهور على كراهية المرور
بين يدي المصلي لما جاء من الوعيد في ذلك ولقوله عليه السلام فيه فليقاتله
فإنما هو شيطان **المسألة الثالثة** اختلفوا في النفخ في الصلاة على
ثلاثة أقوال فقوم كرهوه ولم يروا الإعادة على من فعله وقوم أوجبوا الإعادة
على من نفخ وقوم فرقوا بين أن يسمع أو لا يسمع وسبب اختلافهم تردد النفخ
بين أن يكون كلاما أو لا يكون كلاما **المسألة الرابعة** اتفقوا على أن
الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم وسبب اختلافهم تردده بين
أن يلحق بالضحك أو لا يلحق **المسألة الخامسة** اختلفوا في صلاة الحاقن
فأكثر العلماء يكرهون أن يصلي الرجل وهو حاقن لما روي من حديث زيد بن أرقم قال
سمعت رسول الله يقول إذا أراد أحدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما
روي عن عائشة عن النبي عليه السلام أنه قال لا يصلي أحدكم بحضرة الطعام
ولا هو يدافعه الأخبثان يعني الغائط والبول ولما روي من النهي عن ذلك
عن عمر أيضا وذهب قوم إلى أن صلاته فاسدة وأنه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك
ما يدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك أنه روى عنه أنه أمره بالإعادة في الوقت
وبعد الوقت والسبب في ذلك اختلافهم في النهي هل يدل على فساد المنهي
عنه أو ليس يدل على فساده وإنما يدل على تأثيم من فعله فقط إذا كان أصل
الفعل الذي تعلق النهي به واجبا أو جائزا وقد تمسك القائلون بفساد صلاته
بحديث رواه الشاميون منهم من يجعله عن ثوبان ومنهم من يجعله عن أبي هريرة
عن النبي عليه السلام قال لا يحل لمؤمن أن يصلي وهو حاقن قال أبو عمر
ابن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه **المسألة السادسة**
اختلفوا في رد سلام المصلي على من سلم عليه فرخصت فيه طائفة منهم سعيد

ابن المسيب والحسن البصري وقتادة ومنع ءاخرون الرد بالقول واجازوا الا
شارة اعني الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي ومنع اخرون الرد
بالقول والاشارة وهو مذهب النعمان واجاز قوم الرد في نفسه وقوم قالوا
يرد اذا فرغ من الصلاة والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع
الكلام في الصلاة المنهي عنه او لا فمن راى انه من نوع الكلام المنهي عنه وخصص
الامر به في قوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها الاية باحاديث
النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن راى انه ليس من نوع
الكلام المنهي عنه او خصص احاديث النهي بالامر برد السلام اجازه
في الصلاة قال ابو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف
السنة فانه قد اخبر صهيب ان النبي عليه السلام رد على الذين سلموا عليه
وهو في الصلاة بالاشارة

الباب الثالث في القضاء

والكلام في هذا الباب
على من يجب القضاء وفي صفة انواع القضاء وشروطه فاما على من يجب
القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسي والنائم واختلفوا في
العامد والمغمى عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسي
والنائم لثبوت قوله عليه السلام وفعله اعني قوله ما روي عنه عليه السلام انه
قال اذا نام احدكم عن الصلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها وما روي انه
نام عن الصلاة حتى خرج الوقت فقضاها واما تاركها عمدا حتى يخرج الوقت
فان الجمهور على انه اثم وان القضاء عليه واجب وذهب بعض اهل الظاهر
الى انه لا يقضي وانه اثم واحد من ذهب الى ذلك ابو محمد بن حزم وسبب اختلا
فهم في شيئين احدهما في جواز القياس في الشرع والثاني في قياس العامد
على الناسي اذا سلم جواز القياس فمن راى انه اذا وجب القضاء على الناسي
الذي قد عذره الشرع في اشياء كثيرة فالمتعمد احرى ان يجب عليه لانه غير
معذور اوجب عليه القضاء ومن راى ان الناسي والعامد ضدان والاضداد
لا يقاس بعضها على بعض اذ احكامها مختلفة وانما تقاس الاشياء بعضها
على بعض اذا تناسبت وان الاثم غير قياس العامد على الناسي والحق في هذا

انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا واما ان جعل
من باب الرفق بالناسي والعذر له وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا
ضد الناسي والقياس غير سائغ لان الناسي معذور والعامد
غير معذور والاصل ان القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر
مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضي قد فاته احد شروط التمكن
من وقوع الفعل على صحته وهو الوقت اذ كان من شروط الصحة
والتاخير عن الوقت في قياس التقديم عليه لكن قد ورد الاثر في الناسي
والنائم وتردد العامد بين ان يكون شبيها او غير شبيه والله الموفق
للحق واما المغمى عليه فان قوما اسقطوا عنه القضاء فيما ذهب
وقته وقوم اوجبوا عليه القضاء ومن هؤلاء من اشترط القضاء
في عدد معلوم وقالوا يقضي في الخمس فما دونها والسبب في اختلافهم
تردده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم اوجب عليه القضاء ومن
شبهه بالمجنون اسقط عنه الوجوب واما القضاء فان القضاء نوعان
قضاء لجملة الصلاة وقضاء لبعضها اما قضاء الجملة فالنظر فيه في صفة
القضاء وشروطه ووقته فاما صفة القضاء فهي بعينها صفة الاداء اذا
اذا كانت الصلاتان في صفة واحدة من الفرضية واما ان كانت في احوال
مختلفة مثل ان يذكر صلاة حضرية في سفر او صلاة سفرية في حضر
فاختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال فقوم قالوا انما يقضي مثل الذي عليه
ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك واصحابه وقوم قالوا انما
يقضي ابدا اربعا سفرية كانت المنسية او حضرية فعلى هذا القول ان
ذكر في السفر حضرية صلاها حضرية وان ذكر في الحضر سفرية صلاها
حضرية وهو مذهب الشافعي وقال قوم انما يقضي ابدا فرض الحال التي هو
فيها فيقضي الحضرية في السفر سفرية والسفرية في الحضر حضرية فمن
شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياسا على المريض
يتذكر صلاة نسيها في الصحة والصحيح يتذكر صلاة نسيها في المرض اعني ان
يصليها في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون اوجب

للعصر صفة المنسية واما ان وجب ان يقضي الا حضرية فراعى الصفة
في ادائها والخلاف الاخرى اعني انه اذا ذكر الحضرية في السفر راعى صفة
القضية واذا ذكر السفرية في الحضر راعى الحال في الاداء اضطراب [illegible]
فيما [illegible] لا يوجب [illegible] الا احتياطا [illegible] من الغصر رحمة
واما الفرع الثالث اختلفوا فيه على الترتيب في الاداء اعني الصلوات وجوب
الترتيب في قضاء المنسيات اعني وجوب ترتيب المنسيات مع صلاة الحاضرة
الوقت او ترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت اكثر من صلاة
واحدة فذهب مالك الى ان الترتيب واجب فيها في الخمس صلوات فدونها
وانه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى قال انه ان ذكر المنسية
وهو في الحاضرة فسدت عليه وبمثل قوله قال ابو حنيفة والثوري الا
انهم راوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة واتفق هولاء على
سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعي لا يجب الترتيب
وان فعله الا اذا كان الوقت متسعا فحسن يعني في وقت الحاضرة والسبب
في اختلافهم اختلاف الاثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه القضاء
بالاداء فاما الاثار فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان احدهما ما
روي عنه عليه السلام انه قال من نسي صلاة وهو مع الامام في اخرى فليصل
مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم ليعد الصلاة
التي صلى مع الامام واصحاب الشافعي يضعفون هذا الحديث ويصححون
حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قال اذا نسي احدكم صلاة فذكرها
وهو في صلاة مكتوبة فليتم التي هو فيها فاذا فرغ منها قضى التي نسي
والحديث الصحيح في هذا الباب هو ما ثبت من قوله صلى الله عليه وسلم
اذا نام احدكم الحديث واما اختلافهم في جهة تشبيه القضاء بالاداء
فان من راى الترتيب في الاداء انما لزم من اجل ان اوقاتها منفردة لكل
صلاة منها فهو وقت مخصوص لها اذا كان الزمان لا يحتمل الا من قبل ان يلحق بها القضاء
لانه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن راى ان الترتيب في الصلوات الموداة
هو الفعل وان كان الزمان واحدا مثل الجمع بين الصلاتين في وقت احداهما

شبه القضاء بالاداء وفي روايات المالكية ان توجب الترتيب للمنسية من جهة
الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه السلام فليصلها اذا ذكرها فان الوقت
المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب ان تفسد عليه الصلاة التي هو
فيها اذا ذكرها في الوقت وهذا لا معنى له لانه ان كان وقت الذكر وقت المنسية
فهو بعينه ايضا وقت للحاضرة او وقت للمنسيات ان كانت اكثر من صلاة
واحدة واذا كان الوقت واحدا فليس يمكن ان يكون الفساد الواقع فيها الا من
قبل الترتيب فيما اما ان الترتيب لم يجز في اجزاء الصلاة الواحدة فانه
ليس احدى الصلاتين احق بالوقت من صاحبتها اذا كان وقتا لكليهما الا
ان يقوم دليل الترتيب وليس هاهنا عنه شيء يمكن ان يجعل حجة في هذا
الا في ترتيب المنسيات الا فعله وتسليمه في الصلوات الموداة
او قياسا عليها والترتيب في القضاء انما يتصور في الوقت الواحد بعينه
للصلاتين معا واما غير هذا فلا وجه له وهو قول الكلام رحمه الله [illegible]
في الاصل الجمع واما اعتبار الجمع الى استحسان الترتيب في المنسيات اذا لم
يفت وقت الحاضرة لصلاته عليه السلام الصلوات الخمس يوم الخندق
مرتبة فمن فهم منه الوجوب وجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فان
هذا منسوخ وايضا فانه كان تركا لعذر واما الفرع الخامس فهو [illegible]
فليس له وجه الا ان يقال انه اجماع فهذا هو حكم القضاء الذي يكون في فوات
جملة الصلاة واما القضاء الذي يكون في فوات بعض الصلاة فمنه ما يكون
سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الامام للماموم اعني ان يفوت
الماموم بعض صلاة الامام فاما اذا فات الماموم بعض الصلاة فان فيه مسائل
ثلاث قواعد اصولها احداها متى تفوته الركعة والثانية هل اتيانه بما فاته بعد
سلام الامام اداء او قضاء والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا
يلزمه ذلك اما متى تفوته الركعة فان في ذلك مسئلتين احداهما اذا
دخل والامام قد اهوى الى الركوع والثانية اذا كان مع الامام في الصلاة
فسهى ان يتبعه في الركوع او منعه من ذلك زحام
اما المسئلة الاولى

جاز فيها ثلاثة اقوال احدها وهو الذي عليه الجمهور انه اذا ادرك الامام
ولم يرفع راسه من الركوع وركع معه فقد ادرك الركعة وليس عليه قضاؤها
وهولاء اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة الاحرام
وتكبيرة للركوع او يجزيه تكبيرة الركوع وان كبر تكبيرة واحدة فهل من شرطها ان
ينوي بها تكبيرة الاحرام او ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم تكفيه تكبيرة
واحدة اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعي
[illegible] تكبيرتين وقال قوم لا بد من تكبيرتين وقال قوم تجزيه
واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثاني انه اذا ركع
الامام فقد فاتته الركعة ولا يدركها ما لم يدركه قائما وهو منسوب الى ابي هريرة
والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الاخر وقد رفع الامام راسه
ولم يرفع بعضهم فادرك ذلك انه يجزيه لان بعضهم ائمة لبعض وبه قال
الشعبي وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على
الفعل نفسه الذي هو الانحناء او على الانحناء والوقوف معا وذلك
انه قال عليه السلام من ادرك من الصلاة ركعة فقد ادرك الصلاة فقال
[illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة
ينطلق عنده على القيام والانحناء معا قال اذا فاته قيام الامام فقد
فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل
ادراك الانحناء ادراكا للركعة والاشتراك الذي عرض لهذا الاسم انما
هو من قبل تردده بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي وذلك ان اسم
الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعا على القيام والركوع
والسجود فمن راى ان اسم الركعة ينطلق في قوله عليه السلام على الركعة
الشرعية ولم يذهب مذهب الاثر نظر الى اقل ما ينطلق عليه الاسم قال
لا بد ان يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال اعني القيام والانحناء والسجود
ويحتمل ان يكون من ذهب الى اعتبار [illegible] ما يدل عليه الاسم قال الانحناء
[illegible] ان يكون اعتبر اكثر ما يدل عليه الاسم [illegible] الانحناء ادراك

جزء من

جزء منه او من جملة الافعال ادرك جزءا او اجزاء منها [illegible] يكون
[illegible] الاخر [illegible] الاسماء او [illegible]
[illegible] ولما [illegible] فسببه [illegible]
موضوع [illegible] الركعة من الصلاة [illegible] الى الامام [illegible]
الى الامام والماموم [illegible] وسبب الخلاف والاحتمال [illegible] الاضافة
اعني قوله عليه السلام ركعة من الصلاة [illegible] عليه الجمهور [illegible] واما
اختلافهم هل تجزيه تكبيرة واحدة او تكبيرتان اعني الماموم اذا دخل في
الصلاة والامام راكع فسببه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يوتى بها
واقفا [illegible] الموضع الذي [illegible]
اعني [illegible] عليه السلام [illegible] الاول [illegible]
ومن [illegible] الموضع [illegible] قوله عليه السلام
[illegible] التكبير [illegible] ان تكبيرة الاحرام [illegible]
[illegible] واما [illegible] واحدة
وان لم ينو بها تكبيرة الاحرام [illegible] على مذهب من [illegible] تكبيرة
الاحرام ليست بفرض [illegible] على مذهب من يجوز [illegible]
الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس [illegible] تكبيرة الاحرام الا مقارنة
النية للدخول في الصلاة لان تكبيرة الاحرام [illegible] النية المقارنة
والاولى [illegible] اول الصلاة [illegible] قال ابو محمد
النية المقارنة ومن [illegible] الركعة الواحدة [illegible] تكبيرة واحدة ولم
تقارنها النية واما المسألة الثالثة وهي اذا [illegible]
الامام في الركوع حتى [illegible] ادرك [illegible]
[illegible] الركعة ووجب عليه قضاؤها [illegible]
اذا [illegible] الركوع [illegible] ان يتبع الامام [illegible] الركعة الثانية ومن
قالوا [illegible] الركعة [illegible] الامام راسه من الاعتدال

في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاصحاب مالك وفيه تفصيل
واختلاف فيجمع بين ان يكون بعد ركعة او ان يكون بعد ركعتين وبين ان يكون
جمعة او غيرها جمعة واعتبارا بين ان يكون المأموم عن قرأ
في الركعة الاولى او في الركعة الثانية وليس فيه العمل للباب
ولا تعلقه به وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها فنقول
ان سبب الاختلاف في هذه المسألة هل هو من شرطه فعل المأموم ان
يقارن فعل الامام او ليس من شرطه ذلك وهل هو الشرط المقارنة في جميع
اجزاء الركعة الثلاثة اعني القيام والانحناء والسجود ام انما هو شرط
في بعضها ومتى يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلافا عليه اعني
ان يفعل هو فعلا والامام فعلا اخر فمن رأى انه مشترط في كل جزء من
اجزاء الركعة الواحدة اعني ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا
كان ذلك اختلافا عليه وقد قال عليه السلام فلا تختلفوا عليه
قال من لم يدرك معه من الركوع ولو جزءا يسيرا انه لا يعتد بالركعة ومن
اشترطه في بعضها وهو الركوع قال اذا ادرك من الركعة فان
يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافا عليه في ذلك الى الر
كعة الثانية فان تبعه فقد اختلف عليه في الركعة الاولى واما
من قال انه يتبعه ما لم يرفع رأسه من الركعة الثانية فانه رأى انه ليس من شرط
فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان
يكون بعده فقط وانما اتفقوا على انه اذا لم يدرك في الركعة
الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة لانه ان تبعه فيها لانه يكون في حكم الاولى
والامام في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه
واما المسألة الثانية من المسائل الثلاث الاول التي هي اصول هذا الباب
وهي هل اتيان المسبوق بما فاته من الصلاة مع الامام اداء او قضاء
فان في ذلك ثلاثة اقوال فقوم قالوا ان الذي يأتيه بعد سلام الامام هو

قضاء وان ما ادرك ليس هو اول صلاته وقوم قالوا ان الذي يأتيه بعد سلام
الامام هو اداء وان ما ادرك هو اول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والا
فعال فقالوا يقضي في الاقوال يعني في القراءة ويبني في الافعال يعني الاداء
فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول قام اذا فرغ من صلاة المغرب فعلى
اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس
بينهما وعلى المذهب الثاني اعني على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها
بام القرآن وسورة ويجلس ويقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط
وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم
يجلس ويقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها ايضا بام القرآن وسورة وهو
تسبيقه الاولى ومن الثلاثة الى المذهب والصحيح عند الاكثر القضاء في
الاقوال والبناء في الافعال لانه لم تختلف قولهم في المغرب انه اذا ادرك منها
ركعة انه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلف قولهم انه يقضي بام
القرآن وسورة وسبب اختلافهم انه ورد في بعض روايات الحديث المشهور
فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا والاتمام يقتضي ان يكون ما ادرك هو
اول الصلاة وفي بعض رواياته فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء
يوجب ان ما ادرك هو اخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء
في الاقوال والاداء في الافعال وهو ضعيف اعني ان يكون بعض الصلاة
اداء وبعضها قضاء واتفقوا على وجوب الترتيب في اجزاء الصلاة وعلى
ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة والسلام تحليلها وفيها
دليل على ان ما ادرك هو اول صلاته لكن يختلف نية المأموم والامام في التر
تيب ويشبه ان يكون هذا هو الاصح لمن قال ما ادرك هو اول صلاته
واما المسألة الثالثة من المسائل الاول وهو متى يلزم المأموم حكم
صلاة الامام في الاتباع فان فيه مسائل احداها متى يكون مدركا للصلاة

من ركعة الصلاة الجمعة والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو اعني
سهو الامام والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء الامام وفي الاتمام
اذا ادرك من صلاة الامام بعضها فاما المسألة الاولى فان قوما قالوا
اذا ادرك ركعة من الجمعة فقد ادرك الجمعة ويقضي ركعة ثانية وهو مذهب
مالك والشافعي وان ادرك اقل من ذلك صلى ظهرا اربعا وقوم قالوا بل يقضي
ركعتين ادرك منها ما ادرك وهو مذهب ابي حنيفة وسبب الخلاف في هذا
هو ما يظهر من التعارض بين عموم قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا
وما فاتكم فاقضوا او بين مفهوم قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة
فقد ادرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام وما فاتكم فاقضوا
اوجب ان يقضي ركعتين وان ادرك منها اقل من ركعة ومن كان المفهوم
عنده في قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة اي فقد ادرك حكم الصلاة قال
دليل الخطاب يقتضي ان من ادرك اقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمفهوم
من هذا القول محتمل فانه يمكن ان يراد به فضل الصلاة ويمكن ان يراد به وقت
الصلاة ويمكن ان يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هو في المجاز في احدها
اظهر منه في الثاني فان كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذي لا يقتضي
حكما وكان الاخذ بالعموم اولى وان سلمنا انه اظهر في احد هذه المحذوفات
مثلا وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضا
للعموم الا من باب دليل الخطاب والعموم اقوى من دليل الخطاب باتفاق
ولا سيما الدليل المبني على المحتمل او الظاهر واما من راى ان
قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة انه يقتضي جميع هذه المحذوفات
فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الا ان يتقرر ان هنالك اصطلاحا
عرفيا او شرعيا واما مسألة اتباع المأموم للامام في السجود
اعني سجود السهو فان قوما اعتبروا في ذلك الركعة اعني ان يدرك من

الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا ذلك فمن لم يعتبر ذلك اعتبر العموم الذي هو
قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به ومن اعتبر ذلك اعتبر المفهوم الذي هو
مفهوم قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة وكذلك اختلفوا في المسألة
الثالثة فقال قوم ان المسافر اذا ادرك من صلاة الامام المقيم اقل من
ركعة اتم ومن ادرك ركعة لزمه الاتمام وقوم قالوا الفصل الذي يكون فيه قضاء
الصلاة من قبل سهو الامام واما فعل القضاء لبعض الصلاة الذي يكون
للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على ان ما كان منها
ركنا فهو يقضي اعني فريضة وانه ليس يجزئ منه الا الاتيان به وفيه
مسائل اختلفوا فيها بعضهم اوجب فيها القضاء وبعضهم اوجب فيها
الاعادة مثل من نسي اربع سجدات من اربع ركعات من كل ركعة
قال قوم قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها وتبطل ما قبلها من الركعات
ثم يأتي بها وهو قول مالك وقوم قالوا تبطل الصلاة باسرها وعليه
الاعادة وهي احدى الروايتين عن ابن حنبل وقوم قالوا انه يأتي باربع
سجدات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال ابو حنيفة والثوري
والاوزاعي وقال قوم يصلح الرابعة ويعتد بسجودها وهو مذهب
الشافعي وسبب الخلاف في هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه في الركعات
والسجدات ابطل الصلاة ومن راعى السجدات ابطل الركعات
ما عدا الاخيرة قياسا على قضاء ما فات المأموم من صلاة ومن لم يراع الترتيب
اجاز سجودها معا في ركعة واحدة لا سيما اذا اعتقد ان الترتيب ليس
هو واجبا في الفعل المكرر في كل ركعة اعني السجود وذلك ان الركعة
تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فرأوا ان الترتيب
في السجود لما كان مكررا لا يجب ان يراعى فيه المكرر من الترتيب ومن هذا
الجنس اختلافهم اذا نسي قراءة ام القرآن من الركعة الاولى
فقيل لا يعتد بالركعة ويقضيها وقيل يعيد الصلاة وقيل يسجد للسهو.

وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق بها وليس قصدنا ها هنا الا ما يجري مجرى الاصول

الباب الثالث

والجملة الرابعة في سجود السهو والسجود المنقول في الشريعة في احد موضعين اما عند الزيادة او النقصان اللذين يقعان في افعال الصلاة واقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد واما عند الشك في افعال الصلاة فاما السجود الذي يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر في خمسة فصول في معرفة حكم السجود ومعرفة مواضعه من الصلاة ومعرفة الجنس من الافعال والاقوال التي يسجد لها وفي صفة سجود السهو وفي معرفة من يجب عليه ومن يسقط عنه وبماذا ينبه المأموم الامام الساهي على سهوه

الفصل الاول

اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض او سنة فذهب الشافعي الى انه سنة وذهب ابو حنيفة الى انه فرض لكن ليس من شروط الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهو في الافعال وبين السجود للسهو في الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذي يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط الصلاة هذا المشهور عنه وعنه ان سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب اليه والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل افعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب او على الندب فاما ابو حنيفة فحمل فعله عليه السلام في السجود على الوجوب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء بيانا للواجب كما قال عليه السلام صلوا كما رأيتموني اصلي واما الشافعي فحمل افعاله في ذلك على الندب واخرجها عن الاصل بالقياس وذلك انه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب واما مالك فتأكدت عنده الافعال اكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة اكثر من الاقوال اعني ان الفروض التي هي افعال هي اكثر من فروض الاقوال فكأنه رأى ان الافعال آكد

من الاقوال وان الاركان ليس تنوب سجود السهو الا عما كان منها ليس بفرض وتفرقته ايضا بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من اجزاء الصلاة وسجود الزيادة كأنه استغفار لا بدل

الفصل الثاني

واختلفوا في مواضع سجود السهو على خمسة اقوال فذهبت الشافعية الى ان سجود السهو موضعه ابدا قبل السلام وذهبت الحنفية الى ان موضعه ابدا بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان السجود لنقصان كان قبل السلام وان كان للزيادة كان بعد السلام وقال احمد بن حنبل يسجد قبل السلام في المواضع التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام في المواضع التي سجد فيها رسول الله بعد السلام فما كان من سجود في غير تلك المواضع يسجد له ابدا قبل السلام وقال اهل الظاهر لا يسجد للسهو الا في المواضع الخمسة التي سجد فيها رسول الله فقط وغير ذلك ان كان فرضا اتى به وان كان ندبا فليس عليه شيء والسبب في اختلافهم انه عليه السلام ثبت عنه انه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك انه ثبت من حديث ابن بحينة انه قال صلى لنا رسول الله ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت ايضا انه سجد بعد السلام في حديث ذي اليدين المتقدم اذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس في سجود السهو اعني الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي سجد فيها عليه السلام الى اشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب احدها مذهب الترجيح والثاني مذهب الجمع والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فمن رجح حديث ابن بحينة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث ابي سعيد الخدري الثابت ان رسول الله عليه السلام قال اذا شك احدكم في صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثا ام اربعا فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فان كانت الركعة التي صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وان كانت رابعة فالسجدتان

قبل التسليم

ترغيم للشيطان فالواجب أن يكون السجود قبل السلام للزيادة لأنها مما يمكن أن تكون
خامسة واحتجوا أيضا بالأثر الذي روي عن ابن شهاب أنه قال كان آخر الأمرين
من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام ؋ وأما من رجح حديث
ذي اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا للترجيح بهذا الحديث بأن
حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة أنه عليه السلام قام
من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في النقل
فيعارض به واحتجوا أيضا بحديث ابن مسعود الثابت أن رسول الله
صلى خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام ؋ وأما من ذهب مذهب الجمع
فإنهم قالوا إن هذه الأحاديث لا تتناقض وذلك أن السجود فيها بعد
السلام إنما هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب
أن يكون حكم السجود في سائر المواضع كما هي في هذه المواضع قالوا وهو
أولى من حمل الأحاديث على التعارض ؋ وأما من ذهب مذهب الجمع والترجيح
فقال يسجد في المواضع التي سجد فيها عليه السلام على النحو الذي سجد
فيها رسول الله فإن ذلك هو حكم تلك المواضع وأما المواضع التي لم
يسجد فيها رسول الله فالحكم فيها السجود قبل السلام فكأنه قاس
على المواضع التي سجد فيها عليه السلام قبل السلام ولم يقس على المواضع
التي سجد فيها عليه السلام بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجد
فيها على ما سجد فيها فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت
عليه وجعلها متغايرة الأحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين
مفهومها ومن جهة أنه عدى مفهوم بعضها دون بعض وألحق به المسكوت
عنه وذلك ضرب من الترجيح أعني أنه قاس على السجود الذي قبل السلام
ولم يقس على ما بعده ؋ وأما من لم يعد من هذه الأفعال حكما خارجا عنها
وقصر حكمها على أنفسها فهم أهل الظاهر فقصروا السجود
على هذه المواضع فقط ؋ وأما أحمد بن حنبل فجاء بمذهب مركب من مذهب أهل
أهل الظاهر ومذهب أهل القياس وذلك أنه اقتصر بالسجود كما قلنا

بعد

96

بعد السلام على المواضع التي ورد فيها الأثر ولم يعده وعدى السجود التي ورد
في المواضع التي قبل السلام والكل واسع عنده ولا حرج من رجح هذا مذهبه
من جهة القياس مراعاة لأصحاب القياس وليس بخصوص أعني هذا الكتاب
في الآثار ذكر الخلاف الذي يوجبه القياس في المسائل فيما ذكرنا المسائل المسكوت
عنها في الشرع إلا في الأقل وذلك إما من حيث هي مشهورة وأصل الفقه
وإما من حيث هي كثيرة الوقوع ؋ والمواضع الخمسة التي سها فيها رسول
الله صلى الله عليه وسلم أحدها أنه قام من اثنتين على ما في حديث ابن بحينة
والثاني أنه سلم من اثنتين على ما في حديث ذي اليدين ؋ والثالث أنه صلى خمسا
على ما في حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري ؋ والرابع أنه سلم من ثلاث على ما
في حديث عمران بن الحصين ؋ والخامس السجود من الشك على ما في حديث
أبي سعيد الخدري وسيأتي بعد ؋ واختلفوا لماذا يجب سجود السهو فقيل يجب
للزيادة والنقصان وهو الأشهر وقيل للشك وللنقصان وبه قال أهل
الظاهر والشافعي **الفصل الثالث** فأما الأفعال والأقوال التي
يسجد لها فإن القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة وقعت في الصلاة
على طريق السهو اتفقوا على أن السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض
ودون الرغائب فالرغائب لا شيء عندهم فيها أعني إذا سهي عنها في الصلاة
إلا أن يكون أكثر من رغيبة واحدة مثل ما يرى مالك أنه لا يجب سجود من نسيان
تكبيرة واحدة ويجب لأكثر من واحدة ؋ وأما الفرائض فلا يجزئ عنها إلا الإتيان
بها وجبرها إذا كان السهو عنها مما لا يوجب إعادة الصلاة
بأسرها على ما تقدم فيما يوجب الإعادة وما يوجب القضاء أعني على من
ترك بعض أركان الصلاة ؋ وأما سجود السهو للزيادة فإنه يقع عن الزيادة
في الفرائض والسنن جميعا فهذه الجملة لا خلاف بينهم فيها وإنما يختلفون
من قبل الاختلاف فيما منها هو فرض أو ليس بفرض وفيما منها هو سنة أو ليس
بسنة أو فيما منها سنة أو رغيبة مثال أن الإمام عند مالك ليس بسنة

لترك القنوت لانه عنده مستحب ويسجد عند الشافعي لانه عنده سنة
ولم يخف عليك هنا بما تقدم القول فيه من اختلافهم فيما هو سنة او فرض
او رغيبة وعند مالك واصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة في
الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة وينبغي ان تعلم ان السنة والرغيبة
هي عندهم من باب الندب وانما يختلف عندهم بالاقل والاكثر اعني بتاكيد الامر
بها وذلك راجع الى قرائن احوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم
في هذا الجنس كثيرا حتى ان بعضهم يرى ان في بعض السنن ما اذا تركت عمدا
ان كانت فعلا او فعلت ان كانت تركا ان حكمها حكم الواجب اعني في تعلق
الاثم بها وهذا موجود كثير لاصحاب مالك وكذلك تجدهم قد اتفقوا ما خلا
اهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة بالجملة اثم مثل لو ترك انسان
الوتر او ركعتي الفجر دائما لكان مفسقا اثما فكان العبادات بحسب هذا
المذهب منها ما هي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ما هي
سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما اشبه ذلك من
السنن وكذلك الامر يكون عند بعضهم في الرغائب ان بعضها سنة بجنسها
مثل ما حكيناه عن مالك من ايجاب السجود للاكثر من تكبيرة واحدة اعني
للسهو عنها ولا يكون فيما احسب عنده ولا سنة بعينها وجنسها
واما اهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها وجنسها لقوله عليه
السلام للاعرابي الذي ساله عن فروض الاسلام افلح ان صدق وذلك انه
قال والله لا ازيد على هذا ولا انقص منه بعد ان عرفه الفرائض وقد تقدم هذا الحديث
واتفقوا ها هنا بالايجاب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا
فيها هل هي فرض او سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سبح به اليها
او ليس يرجع وان رجع فمتى يرجع فقال الجمهور يرجع ما لم يستو قائما وقال
قوم يرجع ما لم يعقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع ان فارق الارض قيد
شبر واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال

قوم

قوم تبطل

الفصل الرابع

واما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا في
ذلك فراى مالك ان صفة سجود السهو اذا كانت بعد السلام ان يتشهد
فيها ويسلم منها وبه قال ابو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام
واذا كانت قبل السلام ان يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام
منها وبه قال الشافعي لان اكثر السجود كله عنده قبل السلام وقد روي عن
مالك انه لا يتشهد للتي قبل السلام وبه قال جماعة قال ابو عمر اما السلام
من التي بعد السلام فثابت عن النبي عليه السلام واما التشهد فلا
احفظه من وجه ثابت وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ما
ورد من ذلك في حديث ابن مسعود اعني من انه عليه السلام تشهد ثم سلم
وتشبيه سجود السهو بالسجدتين الاخيرتين من الصلاة فمن شبههما
بها لم يوجب لها التشهد وخاصة اذا كانت في نفس الصلاة وقال
ابو بكر بن المنذر اختلف العلماء في هذه المسالة على ستة اقوال فقالت
طائفة لا تشهد فيهما ولا تسليم وبه قال انس بن مالك وعطاء والحسن
وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيهما تشهدا وتسليما وقال قوم فيهما
تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعي وقال قوم فيهما تسليم
وليس فيهما تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد
وسلم وان شاء لم يفعل وروي ذلك عن عطاء والسادس قول احمد بن حنبل
انه ان سجد بعد السلام تشهد وان سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذي
حكيناه نحن عن مالك قال ابو بكر قد ثبت انه صلى الله عليه وسلم كبر فيهما
اربع تكبيرات وانه سلم وفي ثبوت تشهده فيه نظر

الفصل الخامس

واتفقوا ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا في المأموم
يسهو وراء الامام هل عليه سجود ام لا فذهب الجمهور الى ان الامام
يحمل عنه السهو وشذ مكحول في الزمه السجود في خاصة نفسه وسببه
اختلافهم اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم وما لا يحمله
واتفقوا على ان الامام اذا سها ان المأموم يتبعه في سجود السهو

وإن تشهد في سهوه. واختلفوا متى يسجد المأموم إذا فاته مع الإمام بعض الصلاة وعلى الإمام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الإمام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشعبي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقال قوم يقضي ثم يسجد وبه قال ابن سيرين وإسحاق. وقال قوم إذا سجد قبل التسليم سجدهما معه وإن سجد بعد التسليم سجدهما بعد أن يقضي وبه قال مالك والليث والأوزاعي. وقال قوم يسجدهما مع الإمام ثم يسجدهما ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعي. والسبب في اختلافهم اختلافهم أي أولى وأحق أن يتبع في السجود مصاحبة الإمام أعني في آخر الصلاة أو في آخر صلاته. وكأنهم اتفقوا على أن الاتباع واجب لقوله عليه السلام إنما جعل الإمام ليؤتم به. واختلفوا أيهما أحق بموضع السجود للمأموم هو موضع السجود أعني في آخر الصلاة أو موضعه هو وقت سجود الإمام. فمن آثر مقارنته فعله لفعل الإمام على موضع السجود ومن آثر موضع السجود قال يؤخرها إلى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الأمرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف. واتفقوا على أن السنة لمن سها في صلاته أن يسبح وذلك للرجال لما ثبت عنه عليه السلام أنه قال ما لي أراكم أكثرتم من التصفيق من نابه شيء في صلاته فليسبح فإنه إذا سبح التفت إليه وإنما التصفيق للنساء. واختلفوا في النساء فقال مالك وجماعة إن التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعي وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق. والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام وإنما التصفيق للنساء فمن ذهب إلى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح سواء وفيه ضعف لأنه خروج عن الظاهر بغير دليل إلا أن تقاس المرأة في ذلك على الرجال والمرأة كثيرا ما تخالف حكمها حكم الرجل

جلوا الا

98

جلوا الا بضعف القياس

وأما سجود السهو الذي هو لموضع الشك فإن العلماء اختلفوا فيمن شك في صلاته فلم يدر كم صلى واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبني على اليقين وهو الأقل ولا يجزيه التحري ويسجد سجدتي السهو وبه قال مالك والشافعي وداود. وقال أبو حنيفة إن كان أول أمره فسدت صلاته وإن تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام. وقال طائفة إنه ليس عليه إذا شك لا رجوع إلى يقين ولا تحر وإنما عليه السجود فقط إذا شك. والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك أنه ورد في هذا الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري والثاني حديث ابن مسعود أن النبي عليه السلام قال إذا سها أحدكم في صلاته فليتحر ويسجد سجدتين وفي رواية أخرى عنه فليتحر أقرب ذلك إلى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتي السهو ويتشهد ويسلم. والثالث حديث أبي هريرة خرجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن أحدكم إذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدري كم صلى فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس. وفي هذا المعنى أيضا حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدما يسلم. فذهب الناس في هذه الأحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت إلى المعارض ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه إلى الذي رجح ومنهم من جمع الأمرين أعني جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح إلى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض. فأما داود فذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تأويل غير المرجح إلى المرجح فقال إن الذي ... حمل حديث أبي سعيد الخدري على الذي لا يستنكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذي يغلب عليه الشك

الخدري

ويستقبله وذلك في باب الجمع وتأول حديث ابن مسعود على أن المراد
بالتحري هنا هو الرجوع إلى اليقين فالفقهاء على هذه الأحاديث كلها
وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها وإسقاط البعض وهو الترجيح مثل
من تأول المرجح عليه فأبو حنيفة فإنه قال إن حديث أبي سعيد إنما
هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب عليه وحديث ابن مسعود على التحري على
غالب الظن وأسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك أنه قال إن حديث أبي سعيد
وابن مسعود زيادة والزيادة يجب قبولها والأخذ بها وهذا أيضا كأنه
ضرب من الجمع وأما الذي رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا
إن عليه السجود فقط وذلك أن هؤلاء رجحوا حديث أبي هريرة و
أسقطوا حديث أبي سعيد وابن مسعود ولذلك كان أضعف الأقوال
قال المؤلف رحمه الله فهذا ما رأينا أن نثبته في هذا القسم وهو كتاب
الصلاة وهو القول في الصلاة المفروضة ولنصر بعد إلى القول في القسم
الثاني من الصلوات الشرعية وهي الصلوات التي ليست فروض عين

كتاب الصلاة الثاني

ولما كانت الصلاة التي ليست بمفروضة على
الأعيان منها ما هي سنة ومنها ما هي نفل ومنها ما هي فرض على الكفاية
وكانت هذه الأحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه
رأينا أن نفرد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشرة
ركعتا الفجر والوتر والنفل وركعتا دخول المسجد والقيام في رمضان
والكسوف والاستسقاء والعيدان والصلاة على الميت وسجود القرآن
فإن الصلاة ما فيه فيشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت
نذكرها إن شاء الله في باب أحكام الميت على ما جرت به العادة عند الفقهاء

الباب الأول

القول في الوتر واختلفوا في الوتر في خمسة مواضع منها
في حكمه ومنها في صفته ومنها في وقته ومنها في القنوت فيه ومنها
في صلاته على الراحلة أما حكمه فقد تقدم القول فيه عند تعديد الصلوات

المفروضة وأما صفته فإن مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث يفصل بينها
بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير أن يفصل بينها بسلام
وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الأقاويل سلف من
الصحابة ومن التابعين والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا
الباب وذلك أنه ثبت عنه عليه السلام من حديث عائشة أنه كان يصلي
من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى مثنى فإذا رأيت أن الصبح يدركك
فأوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه السلام كان يصلي ثلاث
عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء إلا في آخرها وخرج أبو
داود عن أبي أيوب الأنصاري أنه عليه السلام قال الوتر حق على كل مسلم
فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن
أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود أنه كان يوتر بسبع
وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول
الله يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث
وعشر ولم يكن يوتر بأنقص من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث
ابن عمر أيضا عن النبي أنه قال المغرب وتر صلاة النهار فمذهب العلماء
في هذه الأحاديث مذهب الترجيح فمن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة
فمصيره إلى قوله عليه السلام فإذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة وإلى
حديث عائشة أنه كان يوتر بواحدة ومن ذهب إلى أن الوتر ثلاث من غير
أن يفصل بينها فقصر حكم الوتر على الثلاث فقط وليس يصح له أن يحتج
بشيء مما جاء في هذا الباب لأنها كلها تقتضي التخيير ما عدا حديث ابن عمر
أنه عليه السلام قال المغرب وتر صلاة النهار فإن لأبي حنيفة أن يقول
إنه إذا شبه شيء بشيء وجعل حكمهما واحدا كان المشبه به أحرى أن
يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة النهار وكانت ثلاثا

وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثا وأما مالك فإنه تمسك في هذا الباب بأنه عليه
السلام لم يوتر قط إلا إثر شفع فرأى أن ذلك من سنة الوتر وأن أقل ذلك
ركعتان فالوتر عند الحنفية إما أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن
يتقدمها شفع وإما أن يكون الوتر المأمور به يشتمل على شفع ووتر
فإنه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترا ويشهد لهذا المذهب حديث
عبد الله بن قيس المتقدم فإنه سمى الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر
ويشهد لاعتقاده أن الوتر هو الركعة الواحدة أنه كان يقول كيف يوتر بواحدة
ليس قبلها شيء وأي شيء يوتر له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
توتر له ما قد صلى وليس يظهر من الأحاديث أنه كان يرى أن الوتر الشرعي
هو العدد الوتري في نفسه أعني الغير مركب من الشفع والوتر وذلك أنه قد
هو وتر بغيره وهذا التأويل عليه أولى والحق هو أن ظاهر هذه
الأحاديث يقتضي التخيير في صفة الوتر من الواحدة إلى التسع
على ما روي ذلك من فعل رسول الله والنظر إنما هو في هل من شرط الوتر
أن يتقدمه شفع منفصل عنه أم ليس ذلك من شرطه فيقدمه أو يفعل ذلك الكل
من شرطه لأنه قد حكي كان يوتر رسول الله و بعضه أو يفعل الجميع من شرطه
لا يسلم كما خرج أنه عليه السلام كان إذا انتهى إلى الوتر أيقظ عائشة
فأوترت وظاهره أنها كانت توتر بواحدة وإن لم يتقدم على وترها شفع و
أيضا فإنه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله كان يوتر بتسع ركعات
يجلس في الثامنة والتاسعة ولا يسلم إلا في التاسعة ثم يصلي ركعتين
وهو جالس فتلك إحدى عشرة ركعة فلما أسن وأخذ اللحم أوتر بسبع
ركعات لم يجلس إلا في السادسة والسابعة ولم يسلم إلا في السابعة ثم
يصلي ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه
متقدم على الشفع فهو حجة على أنه ليس من شرط الوتر أن يتقدمه
شفع وأن الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ما روى أبو داود

عن أبي

عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بسبح اسم ربك
الأعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت
في الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين وأما وقته فإن العلماء
اتفقوا على أن وقته من بعد صلاة العشاء إلى طلوع الفجر لورود ذلك
من طرق شتى عنه عليه السلام ومن أثبت ما في ذلك ما خرجه مسلم عن أبي
نضرة العوقي أن أبا سعيد أخبرهم أنهم سألوا النبي عن الوتر فقال أوتروا
قبل الصبح واختلفوا في صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك وقوم أجازوه
ما لم يصل الصبح وبالقول الأول قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن
صاحبا أبي حنيفة وسفيان الثوري وبالثاني قال الشافعي ومالك وأحمد
وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك للآثار وذلك
أن ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لا يجوز أن يصلى بعد الصبح كحديث أبي
نضرة المتقدم وحديث خارجة بن حذافة العدوي خرجه ها هنا خرجه أبو
داود وفيه وجعلها لكم ما بين صلاة العشاء إلى أن يطلع الفجر والاختلاف
بين أهل الأصول في أن ما بعد الغاية خلاف ما قبلها إذا كان مسكوتا عنه وإن هذا
وإن كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه المتفق عليها مثل قوله تعالى
وأتموا الصيام إلى الليل وقوله تعالى إلى المرافق لاختلاف بين العلماء أن
ما بعد الغاية بخلاف الغاية أما العمل المخالف في ذلك للآثار فإنه روي
عن ابن مسعود وابن عباس وعبادة بن الصامت وحذيفة وأبي الدرداء
وعائشة أنهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو عن غيرهم
من الصحابة خلاف هذا فرأى قوم أن مثل هذا هو داخل في باب الإجماع
ولا معنى لهذا فإنه ليس ينتسب إلى ساكت قول قائل وغيره أنه ينتسب
إلى الإجماع من لا يعرف له قول في المسألة وأما هذه المسألة فكيف يدعى
أن يقال إنه لم يرو في ذلك خلاف عن الصحابة وأي خلاف أعظم من خلاف الآثار

الصحابة الذين رووا هذه الاحاديث اعني خلافهم لقولهم الذين اجازوا صلاة
الوتر بعد الفجر بل اجازته في الامر من باب القضاء لا من باب الاداء وانما
يكون فيه خلاف الاثار لو جعلوا صلاتها بعد الفجر من باب الاداء فتامل
هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسالة من باب اختلافهم في هل القضاء
في العبادات الموقتة يحتاج الى امر جديد ام لا اعني غير امر الاداء وهذا
التاويل يبعد فان اكثر ما نقل عنهم هذا المذهب وقع انهم ابتدروا
يقضون الوتر قبل الصلاة وبعد الفجر وان كان الذي نقل عن ابن مسعود في
ذلك قولا اعني انه كان يقول ان وقت الوتر من بعد صلاة العشاء الاخرة
الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان نطرح جميع ما ذكر عن الصحابة
انه مذهبهم وقيل انه ايضا يصلي الوتر بعد الفجر فينبغي ان
يتامل صحة النقل في ذلك عنهم وقد حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن
الناس خمسة اقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرناهما و
القول الثالث انه يصلي الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس والرا
بع انه يصليها وان طلعت الشمس وبه قال ابو ثور انه يصلي الوتر والاوزا
عي والخامس انه يوتر الليلة القابلة وهو من قول سعيد بن جبير
وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم في تاكيده وقربه من درجة الفرض
فمن راه اقرب اوجب القضاء في زمان ابعد من الزمان المختص به ومن راه
ابعد اوجب القضاء في زمان اقرب ومن راه سنة كسائر السنن ضعف
عنده القضاء اذ القضاء انما يجب في الواجبات وعلى هذا يجي اختلافهم
في قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغي ان تعلم ان لا فرق هنا بين القرب والوا
جبات اعني ان القضاء في الواجبات يكون بامر متجدد ان يعتقد مثله في
القرب ومن رأى التمييز في الامر الاول ان يعتقد مثله في الادلة القرب
واما اختلافهم في القنوت فذهب ابو حنيفة والصحابة الى انه يقنت فيه

ومنهم من لم يجزه واجاز الشافعي في احد قوليه في النصف الاخير من رمضان
وفي رمضان كله والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الاثار وذلك
انه روي عنه عليه السلام القنوت مطلقا وروي عنه القنوت شهرا
وروي عنه ان اخر امره لم يكن يقنت في شيء من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدم
هذه المسالة واما صلاتها على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور
على جوازه لما ثبت من ذلك من فعله عليه السلام اعني انه كان يوتر على
الراحلة ومما يعتمدون في الحجة على انها ليست بفرض انه كان قد صح عنه
عليه السلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه انه صلى قط صلاة
مفروضة على الراحلة واما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه
المقدمة وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم
ان الوتر فرض وجب عندهم ان لا يصلى على الراحلة وورد الخبر بالقياس
وفي الخبر ضعيف وذهب اكثر العلماء الى ان المرء اذا اوتر ثم نام فقام
فتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه السلام لا وتران في ليلة خرجه ابو
داوود وذهب بعضهم الى انه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه
ركعة ثانية ويوتر اخرى بعد التنفل شفعا وهي المسالة التي يعرفونها
بنقض الوتر وفيه ضعف من جهتين احدهما ان الوتر ليس ينقلب
الى النفل بتشفيعه والثاني ان التنفل بواحدة غير معروف في الشرع
وتجويز هذا ولا تجويزه هو سبب الخلاف في الاصل اعني في الوتر
المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب بشفعه اذا اضيف
اليها ركعة ثانية ومن راعى منها المعنى الشرعي اعني قال ليس
ينقلب شفعا لان الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة او واجبة

الباب الثالث

في ركعتي الفجر واتفقوا على ان ركعتي الفجر سنة
لما ثبت من مداومته عليه السلام على فعلها اكثر منه على سائر النوافل
ولترغيبه فيها ولانه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

واختلفوا من هذا الباب في مسائل احدها في المستحب من القراءة فيهما
فذهب مالك الى ان المستحب ان يقرا فيهما بام القرءان فقط وقال الشافعي لا باس
ان يقرا فيهما مع ام القرءان بسورة قصيرة وقال ابو حنيفة لا توقيت
فيهما للقراءة يستحب وانه يجوز ان يقرا فيهما المرء حزبه من الليل والسبب
في اختلافهم اختلاف الاثار في قراءته عليه السلام في هذه الصلاة واختلافهم
في تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روي عنه عليه السلام انه كان
يخفف ركعتي الفجر على ما روته عايشة قالت حتى اني اقول اقرا فيهما
بام القرءان ام لا فظاهر هذا انه كان يقرا فيهما بام القرءان فقط
وروي عنه من طريق ابي هريرة خرجه ابو داود انه كان يقرا فيهما بقل
هو الله احد وقل يا ايها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عايشة
اختار قراءة ام القرءان فقط ومن ذهب مذهب الحديث الثاني اختار
ام القرءان وسورة قصيرة ومن كان على اصله في انه لا يتعين القراءة في
الصلاة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر منه قال يقرا فيهما ما احب
والثانية في صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعي
وأكثر العلماء ان المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم الى ان
المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين الاسرار والجهر
والسبب في ذلك تعارض مفهوم الاثار وذلك ان حديث عايشة
المتقدم المفهوم منه انه كان عليه السلام يقرا فيهما سرا
ولولا ذلك لم تشك عايشة هل قرا بام القرءان او لا وظاهر ما روى
ابو هريرة انه كان يقرا فيهما بقل يا ايها الكافرون وقل هو الله
احد ان قراءته عليه السلام كانت جهرا ولولا ذلك لما علم ابو هريرة
ما كان يقرا فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال
اما باختيار الجهر ان رجح حديث ابي هريرة واما باختيار الاسرار
ان رجح حديث عايشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير بالاباحة

تو ع
عليه
في الاماكن

والثالثة

والثالثة في الذي يصلي ركعتي الفجر وادرك الامام في الصلاة او دخل المسجد
ليصليهما فاقيمت عليه الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فا
قيمت الصلاة فليدخل مع الامام في الصلاة ولا يركعهما في المسجد والامام
يصلي الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف ان يفوته الامام
بركعة فليركعهما خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل
مع الامام ثم يصليهما اذا طلعت الشمس وقال ابو حنيفة مثل قول مالك
في الفرق بين ان يدخل المسجد او لا يدخله وخالفه في الحد في ذلك فقال
يركعهما خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال
الشافعي اذا اقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما اصلا داخل
المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر عن قوم انه يجوز ان يركعهما في المسجد
والامام يصلي وهو شاذ والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم
قوله عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا
على عمومه لم يجز صلاة ركعتي الفجر اذا اقيمت المكتوبة لا خارج المسجد
ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط اجازه في خارج المسجد ما
لم تفته الفريضة او لم يفته منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة
عنده في النهي انما هو الاشتغال بالنافلة عن الفريضة ومن قصر
ذلك على المسجد فالعلة عنده انما هو ان تكون صلاتان معا في موضع واحد
لمكان الاختلاف على الامام كما روي عن ابي سلمة بن عبد الرحمن انه قال سمع
قوم الاقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال اصلاتان معا قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح
وانما اختلف مالك وابو حنيفة في القدر الذي يراعى من صلاة الفريضة
لاختلافهم في القدر الذي يفوت به فضل صلاة الجماعة للمشتغل
بركعتي الفجر اذا كان فضل صلاة الجماعة عندهم افضل من ركعتي
الفجر فمن راى انه يفوت بركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال

يشتغل بها اسلام تعتبر ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى انه يدرك الفضل
اذ ادرك ركعة من الصلاة لقوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك
الصلاة اي فقد ادرك فضلها وحمل الامر على عمومه في الاشياء كذا الامر اضطرارا وغير
اختيار وقال يشتغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها ومالك انما يحمل
هذا الحديث والله اعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفوات اتيانها
ولذا الامر انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاته فضلها واما من اجاز ركعتي
الفجر في المسجد والصلاة تقام فالسبب في ذلك احد امرين اما انه لم
يصح عنده هذا الاثر او لم يبلغه قال ابو بكر بن المنذر وهذا الاثر ثابت
اعني قوله عليه السلام اذا اقيمت الصلاة وكذلك صححه ابو عمر بن عبد
البر واجازة ذلك الامر روي عن ابن مسعود و الرابع في وقت قضاها
اذا فاتت حتى صلى الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة
الصبح وبه قال عطاء وابن جريج وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس
ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها
متسعا فقال يصليها من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال ولا
يقضيها بعد الزوال ومن هؤلاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب
ذلك ومنهم من خير فيه والاصل في قضائها ما صلاته لها عليه السلام
بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

الباب الثالث في النوافل

واختلفوا في النوافل هل تثنى او تربع فقال مالك والشافعي
صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم في كل ركعتين وقال
ابو حنيفة ان شاء ثنى او ثلث او ربع او سدس او ثمن دون ان يفصل بينها
بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى
مثنى وصلاة النهار اربع و السبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث
الواردة في هذا الباب وذلك انه ورد في حديث ابن عمر ان رجلا سال النبي
عن صلاة الليل فقال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشي احدكم الصبح صلى
ركعة واحدة توتر له ما قد صلى و ثبت عنه عليه السلام انه كان يصلي قبل الظهر

في هذا الباب

ركعتين

ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر
ركعتين فمن اخذ بظاهر الحديثين قال صلاة الليل مثنى مثنى وثبت ايضا
من حديث عايشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يصلي اربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي اربعا فلا تسأل
عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثا قالت فقلت يا رسول الله اتنام قبل
ان توتر قال يا عايشة ان عيني تنامان ولا ينام قلبي وثبت عنه ايضا
من طريق ابي هريرة انه قال عليه السلام من كان يصلي بعد الجمعة فليصل
اربعا و روى الاسود عن عايشة ان رسول الله كان يصلي من الليل تسع
ركعات فلما اسن صلى سبع ركعات فمن اخذ ايضا بظاهر هذه الاحاديث
جوز التنفل بالاربع والثلاث دون ان يفصل بينهما بسلام و الجمهور
على انه لا يتنفل بواحدة والظاهر فيه خلاف شاذ

الباب الرابع

واجمعوا على ان قيام شهر رمضان مرغب فيه اكثر من سائر الاشهر لقوله
عليه السلام من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه وان
التراويح التي جمع عليها عمر بن الخطاب مرغب فيها وان كانوا اختلفوا اي افضل
اهي او الصلاة اخر الليل اعني التي كانت صلاة رسول الله لكن الجمهور على
ان صلاة اخر الليل افضل لقوله عليه السلام افضل الصلاة صلاتكم في بيوتكم
الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتي تنامون عنها افضل واختلفوا في المختار
من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان واختار الشافعي وابو
حنيفة واحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن
القاسم عن مالك انه كان يستحسن ستا وثلاثين ركعة والوتر ثلاث
و سبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك ان مالكا روى عن يزيد
ابن رومان قال كان الناس يقومون في زمن عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين
ركعة وخرج ابن ابي شيبة عن داود بن قيس قال ادركت الناس في المدينة في
زمان عمر بن عبد العزيز وابان بن عثمان يصلون ستا وثلاثين ركعة

ستا

ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك انه الامر القديم يعني القيام بست
وثلاثين ركعة

الباب الخامس في صلاة الكسوف

اتفقوا
على ان صلاة كسوف الشمس سنة وانها في جماعة واختلفوا في صفتها
وصفة القراءة فيها وفي الاوقات التي يجوز فيها وهل من شرطها الخطبة ام لا
وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففي ذلك خمس مسائل اصول في
هذا الباب

المسألة الاولى

ذهب مالك والشافعي وجمهور اهل الحجاز
واحمد ان صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركوعان وذهب ابو حنيفة والكوفيون
الى ان صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة والسبب
في اختلافهم اختلاف الاثار الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس في
بعضها وذلك انه ثبت من حديث عائشة انها قالت خسفت الشمس
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فاطال القيام
ثم ركع فاطال الركوع ثم قام فاطال القيام وهو دون القيام الاول
ثم ركع فاطال الركوع وهو دون الركوع الاول ثم رفع فسجد ثم
فعل في الاخرى مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ومثله
ايضا خرج في الصحيح من حديث ابن عباس اعني من ركوعين في ركعة قال
ابو عمر هذان الحديثان من اصح ما روي في هذا الباب ومن اخذ بهذين الحديثين
ومن عمل على غير هذا من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في كل
ركعة وزاد ايضا من حديث ابي بكرة وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر
والنعمان بن بشير انه صلى في الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال ابو عمر
ابن عبد البر وهي كلها اثار مشهورة صحاح ومن احسنها حديث ابي
قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله في الكسوف نحو صلاتكم
يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس [illegible]
الا انه لكثرتها وموافقتها للقياس اعني موافقتها لسائر الصلوات
قالوا صلاة الكسوف ركعتان قلت خرج مسلم حديث سمرة بن جندب قال

ابو عمر

104

ابو عمر وبالجملة فانما صار كل فريق منهم الى ما روي عن سلفه ولذلك راى بعض (ما روي)
اهل العلم ان هذا كله على التخيير وممن قال به الطبري وهو الاولى فان
الجمع اولى من الترجيح قال ابو عمر وقد روي في صلاة الكسوف عشر ركعات
في ركعتين وست ركعات في ركعتين واربع ركعات في ركعتين لكن من طرق
ضعيفة قال ابو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهويه كل ما ورد من ذلك
فهو ثابت غير مختلف لان الاعتبار في ذلك تجلي الكسوف فالزيادة في
الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلي في الكسوفات التي صلى فيها وروي
عن العلاء بن زياد انه كان يرى ان المصلي ينظر الى الشمس اذا رفع راسه من
الركوع فان كانت قد تجلت سجد واضاف اليها ثانية وان كانت لم تنجل ركع
ركع ما تقدم في الركعة الاولى وهكذا حتى تنجلي وكان اسحاق بن راهويه
يقول لا يتعدى بذلك اربع ركعات في كل ركعة لانه لم يثبت عن النبي اكثر من
ذلك وقال ابو بكر بن المنذر وكان بعض اصحابنا يقول الاختيار في
صلاة الكسوف ثابت والخيار في ذلك للمصلي ان شاء في كل ركعة
ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء اربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا
يدل على ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في كسوفات كثيرة قلت هذا الذي
ذكره هو الذي خرجه مسلم ولا ادري كيف قال ابو عمر فيها انها وردت من طرق
ضعيفة واما العشر ركعات في ركعتين فانما خرجه ابو داود فقط

المسألة الثانية

اختلفوا في القراءة فيها فذهب مالك والشافعي
ان القراءة فيها سر وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن واحمد واسحاق بن
راهويه يجهر بالقراءة فيها والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار
في ذلك المفهوم لها وصيغتها وذلك ان مفهوم حديث ابن عباس الثابت
انه قرا سرا لقوله فيه فقام قياما طويلا نحوا من سورة البقرة
وقد روي هذا المعنى نصا عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله فما سمعت
منه حرفا وقد روي ايضا مثله من حديث ابن اسحاق عن عائشة في صلاة الكسوف
انها قالت تحريت قراءته فحزرت انه قرا سورة البقرة وخرج هذه الاحاديث

قال القراءة فيها سرا لمكان ما جاء في هذه الآثار واستحب مالك
والشافعي أن يقرأ في الأولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي الثالثة
بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة
وفي كل واحدة أم القرآن ومن حجة أيضا من رأى هذا ما روي عنه عليه
السلام أنه قال صلاة النهار عجماء وورد أيضا أحاديث مختلفة
لدوره منها ما روي عنه عليه السلام قرأ في إحدى الركعتين من صلاة
الكسوف بالنجم ومفهوم هذا أنه جهر وكان أحمد وإسحاق يجهران
ودليل المتوقع حديث سفيان بن الحسين عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي
عليه السلام جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال أبو عمر سفيان بن
الحسين ليس بالقوي قال وقد تابعه على ذلك عبد الرحمن بن نمر عن الزهري وعبد الرحمن
وسليمان بن كثير وكلهم ليس بالقوي بالزهري ومن حديث ابن إسحاق
عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء أيضا من طريق القياس
الشبهي فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهارا فوجب أن يجهر فيها
أصله العيدان والاستسقاء ومن رأى التخيير قال الطبري وهذا على طريقة
الجمع وقد قلنا إنه أولى من طريقة الترجيح إذا أمكن والاختلاف في
هذا أعلمه بين الأصوليين

المسألة الثالثة واختلفوا في
الوقت الذي تصلى فيه فقال الشافعي تصلى في جميع الأوقات المنهي عن
الصلاة فيها وغير المنهي وقال أبو حنيفة لا تصلى في الأوقات التي نهي
عن الصلاة فيها وأما مالك فروي عنه ابن وهب أنه قال لا تصلى لكسوف
الشمس إلا في الوقت الذي تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنتها
أن تصلى ضحى إلى الزوال وسبب اختلافهم في هذه المسألة اختلافهم
في جنس الصلاة التي لا تصلى في الأوقات المنهي عنها فمن رأى أن
تلك الأوقات تعم جميع أجناس الصلوات لم يجز فيها صلاة الكسوف
ولا غيرها ومن رأى أن تلك الأحاديث تخص النوافل وكانت الكسوف
عنده سنة أجازها ومن رأى أيضا أنها من النفل لم يجزها في أوقات

التهلي

هاهنا

105

النهي وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه إلا تشبيهها بصلاة
العيد المسألة الرابعة واختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد
الصلاة فذهب الشافعي إلى أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة
إلى أنه لا خطبة في صلاة الكسوف والسبب في اختلافهم اختلافهم في العلة
التي من أجلها خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس لما انصرف من
صلاة الكسوف على ما جاء في حديث عائشة وذلك أنها روت أنه لما
انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال إن الشمس
والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته الحديث فزعم
الشافعي أنه إنما خطب لأن من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة
العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقول أولئك أن خطبة النبي عليه
السلام إنما كانت يومئذ لأن الناس زعموا أن الشمس إنما كسفت لموت
إبراهيم عليه السلام

المسألة الخامسة واختلفوا في
كسوف القمر فذهب الشافعي إلى أنه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما
يصلى لكسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك
وأبو حنيفة إلى أنه لا يصلى له في جماعة واستحبوا أن يصلي الناس أفذاذا
ركعتين كسائر الصلوات النافلة وسبب اختلافهم
اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام إن الشمس والقمر آيتان من آيات
الله لا يخسفان لموت أحد فإذا رأيتموهما فادعوا الله وصلوا حتى
يكشف ما بكم وتصدقوا خرجه البخاري ومسلم فمن فهم ههنا من
الأمر بالصلاة فيهما معنى واحدا وهي الصفة التي فعلها في كسوف
الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك المعنى المختلف لأنه
لم يرو عنه عليه السلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دورانه
قال المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم الصلاة في الشرع وهي
النافلة فذا وكان قائل هذا القول يرى أن الأصل هو أن يحمل اسم
الصلاة في الشرع إذا ورد الأمر بها على أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم

في الشيء الذي به الدليل على غيره الكسوف فلما ان فعله عليه السلام في كسوف
الشمس على غيره الكسوف مع كسوف القمر على أصله والشافعي
يحمل فعله في كسوف الشمس بيانا لمجمل ما أمر به من الصلاة فيها فوجب
الوقوف عند ذلك وزعم أبو عمر بن عبد البر أنه روي عن ابن عباس وعثمان
أنهما صليا في الكسوف جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعي
وقد استحسن قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من
الآيات قياسا على كسوف القمر والشمس لنصه عليه السلام على العلة
في ذلك وهو كونها آية وهو من أقوى أجناس القياس عندهم لأنه قياس
العلة التي نص عليها لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعي ولا جماعة من
أهل العلم وقال أبو حنيفة إن صلى للزلزلة فقد أحسن وإلا فلا حرج
وروي عن ابن عباس أنه صلى لها مثل صلاة الكسوف

الباب السابع في صلاة الاستسقاء أجمع العلماء على أن الخروج إلى
الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء إلى الله تعالى والتضرع إليه
في نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا
في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج
إلى الاستسقاء إلا أبا حنيفة فإنه قال ليس من سنته الصلاة
وسبب الاختلاف أنه ورد في بعض الآثار أنه استسقى وصلى وفي بعضها
لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد أنه صلى الله عليه وسلم صلى وبه أخذ
الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه أن رسول الله خرج بالناس يستسقي
فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة وحول رداءه ورفع يديه
واستسقى واستقبل القبلة خرجه البخاري ومسلم وأما الآثار
التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر الصلاة فمنها حديث أنس
بن مالك خرجه مسلم وذلك أنه قال جاء رجل إلى رسول الله فقال يا
رسول الله هلكت المواشي وانقطعت السبل فادع الله فدعا
رسول الله فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد

المازني

المازني فيه أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول
رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذه
الآثار في ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب أنه خرج إلى المصلى فاستسقى ولم
يصل وأجاب الجمهور أنه لم يذكر شيئا فليس بحجة على من ذكره والذي
عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس يصح عن شيئا أكثر من الصلاة ليس
شرطا في صحة الاستسقاء وقد ثبت أنه عليه السلام قد استسقى على
المنبر لأنها ليس من سنتها كما ذهب إليه أبو حنيفة وأجمع القائلون
بأن الصلاة من سنتها على أن الخطبة أيضا من سنتها لورود ذلك في الآثار
قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى صلاة الاستسقاء وخطب و
اختلفوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لاختلاف الآثار في ذلك فرأى
قوم أنها بعد الصلاة قياسا على صلاة العيدين وبه قال الشافعي
ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر وقد
روي عن النبي عليه السلام أنه استسقى فخطب قبل الصلاة وروي
عن عمر مثل ذلك قلت وخرج ذلك أبو داود وطرق وقد ذكر الخطبة
بإثر ذكرها في قبل الصلاة واتفقوا على أن القراءة فيها جهرا
واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك إلى أنه
يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي إلى أنه يكبر
فيها كما يكبر في العيدين وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على
صلاة العيدين وقد احتج الشافعي لمذهبه في ذلك لما روي عن ابن
عباس أن رسول الله صلى فيها ركعتين كما يصلي في العيدين واتفقوا
على أن من سنتها أن يستقبل الإمام القبلة واقفا يدعو ويحول رداءه
رافعا يديه على ما جاء في الآثار واختلفوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك
فالجمهور على أنه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه
وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث
عبد الله بن زيد أنه عليه السلام خرج إلى المصلى يستسقي فاستقبل

القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي بعض رواياته قلت أجعل الشمال
على اليمين واليمين على الشمال أو جعل أعلاه أسفله قال بل جعل الشمال
على اليمين واليمين على الشمال وعلل بحديث عبد الله بن زيد أنه قال
استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء
فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها فلما ثقلت عليه قلبها
على عاتقه وأما متى يحول الإمام رداءه فإن مالكا والشافعي قالا يحول
عند الفراغ من الخطبة وقال أبو يوسف يحول رداءه إذا مضى
صدر من الخطبة وروي أيضا عن مالك وكلهم يقول إنه إذا حول
الإمام رداءه قائما حول الناس أرديتهم جلوسا لقوله عليه السلام
إنما جعل الإمام ليؤتم به إلا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض
أصحاب مالك فإن الناس عندهم لا يحولون أرديتهم بتحويل الإمام لأنه
لم ينقل ذلك عنه عليه السلام وجماعة العلماء على أن الخروج لها
وقت الخروج إلى صلاة العيدين إلا أبا بكر محمد بن عمرو بن حزم فإنه قال
الخروج إليها عند الزوال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله
خرج إلى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس

الباب السابع

في ركعتي دخول المسجد والجمهور على أن ركعتي دخول المسجد مندوب
إليهما وذهب أهل الظاهر إلى وجوبهما وسبب الخلاف في ذلك
هل الأمر في قوله عليه السلام إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين
محمول على الندب أو على الوجوب فإن الحديث متفق على صحته فمن
تمسك في ذلك بالأصل وعليه الجمهور من أن الأصل هو حمل الأوامر المطلقة
على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم ينقدح عنده دليل ينقل
الحكم من الوجوب إلى الندب قال إن الركعتين واجبتان ومن انقدح عنده
دليل على حمل الأمر على الندب وانقدح عنده دليل ينقل [illegible]
أو كان الأصل عنده في الأوامر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على
الوجوب قال بعدم [illegible] وجوبهما [illegible] الجمهور

إنما ذهبوا إلى حمل الأمر ها هنا على الندب لمكان التعارض الذي بينه وبين
الأحاديث التي تقتضي بظاهرها أو بنصها أن لا صلاة مفروضة إلا الصلوات
الخمس التي ذكرناها في صدر الكتاب مثل حديث الأعرابي وغيره وذلك
أنه إن حمل الأمر ها هنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر من خمس
وأما من جعلها فله أن يقول إن الوجوب ها هنا إنما هو متعلق بدخول المسجد
لا مطلقا كالأمر في الصلوات المفروضة والعمدة أن تقييد هذا بالمكان
شبيه بتقييد هذا وجوبها بالزمان وأهل الظاهر أن المكان المخصص
ليس من شرط صحة الصلاة والزمان هو شرط في صحة الصلاة المفروضة
واختلف العلماء من هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتي
الفجر في بيته هل يركع عند دخول المسجد أم لا فقال الشافعي يركع
وهي رواية أشهب عن مالك وقال أبو حنيفة لا يركع وهي رواية
ابن القاسم عن مالك وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه
السلام إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين وقوله عليه السلام
لا صلاة بعد الفجر إلا ركعتي الفجر فها هنا عمومان وخصوصان
أحدهما في الزمان والآخر في الصلاة وذلك أن حديث الأمر بالصلاة
عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي عن الصلاة
بعد الفجر إلا ركعتي الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فإن استثني
خاص الصلاة من عام الزمان لم يركع بعد ركعتي الفجر وإن استثني خاص
الزمان من عام الصلاة يركع وقد قلنا إن مثل هذا التعارض إذا
وقع فليس يجب أن يصار إلى التخصيص إلا بدليل وحديث النهي لا تعارض
به حديث الأمر الثابت والله أعلم فإن ثبت الحديث وجب طلب
الدليل من موضع آخر **الباب الثامن** في سجود القرآن والكلام
في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول في حكم السجود وفي عدد السجدات
التي هي عزائم أعني التي يسجد لها وفي الأوقات التي يسجد فيها وعلى

من عجب السجود وجهة السجود واما حكم سجود التلاوة فقال ابو حنيفة
واصحابه هو واجب وقال مالك والشافعي هو مسنون وليس
بواجب وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والا
خبار التي معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى اذا تتلى
عليهم آيات الرحمن خروا سجدا وبكيا هل هي محمولة على الندب او
على الوجوب فابو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ومالك
والشافعي اتبعا في مفهومها الصحابة اذ كانوا هم اقعد بفهم الاوا
مر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة
فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية وقرأها
تهيأ الناس للسجود فقال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا الا ان
نشاء قالوا وهذا بمحضر من الصحابة فلم ينقل عن احد منهم خلاف وهم
افهم بمغزى الشرع وهذا انما يحتج به من يرى قول الصحابي اذا لم يكن
له مخالف حجة وقد احتج اصحاب الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت
انه قال كنت اقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة
النجم فلم يسجد ولم نسجد وكذلك ايضا يحتج لهؤلاء بما روي عنه عليه
السلام انه لم يسجد في المفصل وبما روي انه سجد فيها لان وجه الجمع
بين ذلك يقتضي ان لا يكون السجود واجبا وذلك بان يكون كل واحد
منهم حدث بما رأى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد واما ابو حنيفة
فتمسك في ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر على الوجوب او الاخبار
التي تتنزل منزلة الاوامر وقد قال ابو المعالي ان احتجاج ابي حنيفة
بالاوامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود
مطلقا ليس يقتضي وجوبه مقيدا وهو عند القراءة اعني قراءة آيات
السجود قال ولو كان الامر كما زعم ابو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند
قراءة الآية التي فيها الامر بالصلاة واذا لم يجب ذلك فليس يجب السجود

عند

عند ذكر الآية التي فيها الامر بالسجود لان الامر بالسجود ولابي حنيفة ان
يقول ان الجمع المسلمين على ان الاخبار الواردة في السجود عند تلاوة القرآن
هي بمعنى الامر وذلك في اكثر المواضع واذا كان ذلك كذلك فورود الامر
بالسجود مقيدا بالتلاوة اعني عند التلاوة وورود الامر به مطلقا يوجب
حمل المطلق على المقيد وليس الامر في ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان
الصلاة مقيدة بما يجب ذلك من اثرها واما ان النبي عليه السلام لم يسجد
فيها فليس يدل على ان معنى الامر بالسجود الوارد فيها انه عند التلا
وة اوجب ليحمل مقتضى الامر الوجوب عليه واما عدد عزائم سجود
القرآن فان مالكا قال في الموطأ الامر عندنا ان عزائم سجود القرآن
احدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شيء وقال اصحابه اولها
خاتمة الاعراف وثانيها في الرعد عند قوله تعالى بالغدو والآصال والثالثة
في النحل عند قوله تعالى ويفعلون ما يؤمرون والرابعة في بني اسرائيل
عند قوله تعالى ويزيدهم خشوعا والخامسة في مريم عند قوله تعالى
خروا سجدا وبكيا والسادسة الاولى من الحج عند قوله تعالى ان الله
يفعل ما يشاء والسابعة في الفرقان عند قوله تعالى وزادهم نفورا
والثامنة في النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم والتاسعة في سجدة
الم تنزيل عند قوله تعالى وهم لا يستكبرون والعاشرة في ص عند قوله تعالى وخر راكعا واناب والحادية
عشرة في حم السجدة عند قوله تعالى ان كنتم اياه تعبدون وقيل عند
لا يسأمون وقال الشافعي اربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل
في الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ باسم ربك ولم ير في ص سجدة لانها عنده
من باب الشكر وقال احمد هي خمس عشرة سجدة اثبت منها الثانية من الحج
وسجدة ص وقال ابو حنيفة هي اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوي
هي كل سجدة جاءت بلفظ الخبر والسبب في اختلافهم اختلافهم
في المواضع التي فيها الامر [illegible] والكل منهم واعتمد

كان الامر

عمل أهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع أما الذين
اعتمدوا العمل فمالك وأصحابه وأما الذين اعتمدوا القياس فأبو حنيفة
وأصحابه وذلك أنهم قالوا وجدنا السجدات التي أجمع عليها جاءت
بصيغة الخبر وهي سجدة الأعراف والرعد والنحل وبني إسرائيل ومريم
وأول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل فوجب أن يلحق بها سائر السجدات
التي جاءت بصيغة الخبر وهي التي في ص وفي الانشقاق وأسقطوا ثلاثة
جاءت بلفظ الأمر وهي الثانية في الحج وفي النجم وفي اقرأ وأما الذين
اعتمدوا السماع فإنهم صاروا إلى ما ثبت عنه عليه السلام من سجوده في
الانشقاق واقرأ باسم ربك وفي النجم خرجه الأصحاح وقال الأثرم
سئل أحمد كم في الحج من سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن
النبي عليه السلام أنه قال في الحج سجدتان وهو قول عمر وعلي خرجه أبو
داود وأما الشافعي فإنما صار إلى إسقاط سجدة ص لما رواه
أبو داود عن أبي سعيد الخدري عن النبي عليه السلام قرأ وهو على المنبر
آية السجدة من ص فنزل فسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهيأ
الناس للسجود فقال إنما هي توبة نبي ولكني رأيتكم تشزنتم للسجود
فنزل فسجد وفي هذا ضرب من الحجة لأبي حنيفة في قوله بوجوب
السجود لأنه علل ترك السجود في هذه السجدة بعلة انتفت في غيرها
من السجدات فوجب أن يكون حكم التي انتفت عنها العلة بخلاف التي ثبتت
لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لأنه من باب
دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود في المفصل بحديث عكرمة
عن ابن عباس خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد
في شيء من المفصل منذ تحول إلى المدينة قال أبو عمر وهو منكر لأن أبا
هريرة الذي روى سجوده في المفصل لم يصحبه عليه السلام إلا بالمدينة
وقد روى الثقات عنه أنه سجد عليه السلام في النجم وأما وقت السجود

فإنه

فإنه اختلفوا فيه فمنع قوم السجود في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها
وهو مذهب أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الأوقات
ومنعه أيضا مالك في الموطأ لأنها عنده من النفل والنفل ممنوع
في هذه الأوقات عنده وروى ابن القاسم عنه أنه يسجد فيها بعد العصر
ما لم تصفر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعي
وهذا بناء على أنها سنة والسنن تصلى في هذه الأوقات ما لم تدن
الشمس من الغروب أو الطلوع وأما على من يتوجه حكمها فأجمعوا
على أنه يتوجه على القارئ في صلاة كان أو في غير صلاة واختلفوا
في السامع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود
ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين
أحدهما إذا كان قعد إليه ليسمع القرآن والآخر أن يكون القارئ
يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون إماما للسامع وروى ابن
القاسم عن مالك أنه يسجد السامع وإن كان القارئ ممن لا يصلح
للإمامة إذا جلس إليه وأما صفة السجود فإن جمهور الفقهاء
قالوا إذا سجد القارئ كبر إذا خفض وإذا رفع واختلف قول مالك في ذلك
إذا كان في غير صلاة وأما إذا كان في الصلاة فإنه يكبر قولا واحدا

الباب التاسع في صلاة العيدين

أجمع العلماء على استحسان
الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلا أذان ولا إقامة لثبوت ذلك
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما أحدث من ذلك معاوية في أصح
الأقاويل قاله أبو عمر وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة
على الخطبة لثبوت ذلك أيضا عن رسول الله إلا ما روي عن عثمان
أنه أخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضا
أنه لا توقيف في القراءة في العيدين وأكثرهم استحب أن يقرأ في الأولى
بسبح وفي الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله واستحب

الشافعي بقاف والقرا ان الجهر لثبوت ذلك عنه عليه السلام و اختلفوا
في ذلك مسايل اشهرها اختلافهم في التكبير وذلك انه حكى في ذلك ابن
المنذر نحوا من اثني عشر قولا الا انا نذكر منها المشهور الذي يستند
الى صحابي او سماع فذهب مالك الى ان التكبير في الاولى من
ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام وفي الثانية ست مع تكبيرة
القيام من السجود وقال الشافعي في الاولى ثمانية وفي الثانية ست
مع تكبيرة القيام من السجود وقال ابو حنيفة يكبر في الاولى ثلاثا بعد
تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرا ام القران وسورة ثم يكبر للركوع
ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرا فاتحة
الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع
ولا يرفع فيها يديه وقال قوم تسع في كل ركعة وهو مروي عن
ابن عباس والمغيرة بن شعبة وانس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه
قال النخعي وسبب اختلافهم اختلاف الاثار المنقولة في ذلك
عن الصحابة فذهب مالك الى ما رواه عن ابن عمر قال شهدت الاضحى
والفطر مع ابي هريرة فكبر في الاولى سبع تكبيرات قبل القراءة وفي
الاخرة خمسا قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على هذا
ومن هذا الاثر بعينه اخذ الشافعي الا انه تاول في السبع ان ليس
فيها تكبيرة الاحرام كما ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبه ان يكون
مالكا صار الى ان يعد تكبيرة الاحرام في السبع ويعد تكبيرة القيام
زايدا على الخمس المروية ان العمل الفاه على ذلك فكانه عنده وجه
من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرج ابو داود معنى حديث ابي هريرة
مرفوعا عن عايشة وعن عمرو بن العاص وروي انه سيل ابو موسى
الاشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يكبر في الاضحى والفطر فقال ابو موسى كان يكبر اربعا كالتكبير على

الجنايز

الجنايز فقال حذيفة صدق وقال ابو موسى كذلك كنت اكبر في البصرة حيث
كنت عليهم وقال قوم بهذا واما ابو حنيفة وساير الكوفيين فانهم
اعتمدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك انه ثبت عنه انه كان يعلمهم
صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ
باقاويل الصحابة في هذه المسالة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه السلام
شيء ومعلوم ان فعل الصحابة في ذلك هو توقيف اذ لا مدخل للقياس
في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع اليدين عند كل تكبيرة فمنهم من راى
ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم ير الرفع الا في الاستفتاح
فقط ومنهم من خير واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيدين وجوب
السنة فقال قوم يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي
والحسن البصري وكذلك قال الشافعي انه يصليها اهل البوادي
ومن لا يجمع حتى المراة في بيتها وقال ابو حنيفة واصحابه انما تجب
الجمعة على اهل الامصار والمداين وروي عن علي انه قال لا جمعة و لا
تشريق الا في مصر جامع وروي عن الزهري انه قال لا صلاة فطر ولا
اضحى على مسافر والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها
على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة
ومن لم يقسها راى ان الاصل هو ان كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت
استثناؤه من الخطاب قال القاضي قد فرقت السنة بين حكم النساء
في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه امر النساء بالخروج للعيدين
ولم يامر بذلك في الجمعة وكذلك اختلفوا في المواضع التي يجب منها
المجيء اليها فاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة الاميال التي هي مسيرة
اليوم التام واتفقوا على ان وقتها من شروق الشمس الى الزوال
واختلفوا فيمن لم يات علمه بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طايفة
ليس عليهم ان يخرجوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعي
وابو ثور وقال اخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه

قال الأوزاعي وأحمد وإسحق قال أبو بكر بن المنذر وبه نقول للحديث الوارد
عن النبي عليه السلام أنه أمرهم أن يفطروا وإذا أصبحوا أن يغدوا
إلى مصلاهم قلت خرجه أبو داوود إلا أنه عن صحابي مجهول ولكن
الأصل فيهم رضي الله عنهم حملهم على العدالة و اختلفوا إذا اجتمع في
يوم واحد عيد وجمعة هل يجزئ العيد عن الجمعة فقال قوم يجزئ العيد
عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم إلا العصر فقط وبه قال عطاء
وروي ذلك عن ابن الزبير وعلي وقال قوم هذه رخصة لأهل البوادي
الذين يردون الأمصار للعيد والجمعة خاصة كما روي عن عثمان أنه خطب
في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة
فلينتظر ومن أحب أن يرجع فليرجع رواه مالك في الموطأ وروي
نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة
إذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعا العيد على أنه
سنة والجمعة على أنها فرض ولا ينوب أحدهما عن الآخر وهذا هو
الأصل إلا أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير إليه ومن تمسك بقول
عثمان فلأنه رأى أن مثل ذلك ليس هو بالرأي وإنما هو توقيف وليس
بخارج عن الأصول كل الخروج وأما إسقاط فرض الظهر والجمعة
التي هي بدله لمكان صلاة العيد فخارج عن الأصول جدا إلا أن يثبت في
ذلك شرع يجب المصير إليه و اختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد
مع الإمام فقال قوم يصلي أربعا وبه قال أحمد والثوري وهو مروي
عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة الإمام ركعتين
يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال
قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد وقال قوم إن
صلى الإمام في المصلى صلى ركعتين وإن صلى في غير المصلى صلى أربع ركعات
وقال قوم لا قضاء عليه أصلا وهو قول مالك وأصحابه وحكى ابن المنذر
عنه مثل قول الشافعي فمن قال أربعا شبهها بصلاة الجمعة وهو

تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاها الإمام فمصيرا إلى أن الأصل هو
أن القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء ومن منع القضاء فلأنه رأى أنها صلاة
من شرطها الجماعة والإمام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا أربعا
إذ ليست هي بدلا من شيء وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر
أعني قول الشافعي وقول مالك وأما سائر الأقوال في ذلك فضعيفة
لا معنى لها لأن صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلا من شيء فكيف
يجب أن تقاس إحداهما على الأخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من
فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي أداء لأنه إذا فاته البدل وجبت
هي والله الموفق للصواب و اختلفوا في التنفل قبل صلاة العيد
وبعدها فالجمهور على أنه لا يتنفل لا قبلها ولا بعدها وهو مروي عن علي
ابن أبي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد وقيل يتنفل
قبلها وبعدها وهو مذهب أنس وعروة وبه قال الشافعي وفيه
قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري
والأوزاعي وأبو حنيفة وهو مروي أيضا عن ابن مسعود وفرق
قوم بين أن تكون الصلاة في المصلى أو في المسجد وهو مشهور مذهب
مالك وسبب اختلافهم أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج
يوم فطر أو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال
عليه السلام إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين فتردد هذا أيضا
من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها
وبعدها حكم المكتوبة أو لا يكون ذلك حكمها فمن رأى أن ترك الصلاة قبلها
وبعدها هو من باب السنن ترك الصلاة قبل وبعد ولم يتناول اسم المسجد عنده
على المصلى يستحب تنفلا قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في
الصلاة قبلها إذا صليت في المسجد لكون دليل الفعل معارضا في ذلك
للقول أعني أنه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث
هو مصلى صلاة العيد يستحب أن لا يركع تشبيها بفعله عليه السلام

ومن رآه من باب الرخصة ورأى أن اسم المسجد ينطلق على المصلى نهى عن
التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها
وبعدها كما قلنا ومن رأى أن التنفل قبلها وبعدها من باب الجائز أمر من
باب الندب والأمر من باب المكروه وهذا أقل اشتباها فهذا أن يتناول اسم المسجد
المصلى واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه
الجمهور لقوله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم فقال جمهور
العلماء يكبر عند الغدو إلى المصلى وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة
والتابعين وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقال قوم يكبر من ليلة
الفطر إذا رأوا الهلال حتى يغدوا إلى المصلى وحتى يخرج الإمام وكذلك في
ليلة الأضحى عندهم إن لم يكن حاجا وروي عن ابن عباس أنه أنكر التكبير
جملة إلا إذا كبر الإمام واتفقوا أيضا على التكبير في أدبار الصلوات أيام
الحج واختلفوا في توقيت ذلك اختلافا كثيرا فقال قوم يكبر من صلاة الصبح
يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور
وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر إلى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق
وهو قول مالك والشافعي وقال الزهري مضت السنة أن يكبر
الإمام في الأمصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر إلى العصر من آخر أيام
التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيه عشرة أقوال
وسبب اختلافهم في ذلك أنه نقل بالعمل ولم ينقل في ذلك قول محدود
فلما اختلف الصحابة في ذلك اختلف من بعدهم والأصل في هذا الباب
قوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات وهذا الخطاب وإن كان المقصود
به أولا أهل الحج فإن الجمهور رأوا أنه يعم أهل الحج وغيرهم وتلقي ذلك
بالعمل وإن كان اختلفوا في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على
التخيير لأنهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير دبر
الصلوات في هذه الأيام إنما هو لمن صلى في جماعة وكذلك اختلفوا في صفة التكبير
في هذه الأيام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثا الله أكبر الله أكبر الله أكبر

ع شـ الصلاة

وقيل

وقيل يزيد بعد هذا لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على
كل شيء قدير ويروى عن ابن عباس أنه كان يقول الله أكبر كبيرا ثلاث مرات
ثم يقول الرابعة ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت والسبب
في هذا الاختلاف عدم التحديد في ذلك في الشرع مع جمعهم أن الشرع
في هذا التوقيت أعني عدم الأكثر وهذا هو السبب في اختلافهم في توقيت
زمان التكبير أعني عدم التوقيت مع عموم الأمر في ذلك وأجمعوا أنه يستحب
أن يفطر في عيد الفطر قبل الغدو إلى المصلى وأن لا يفطر يوم الأضحى إلا بعد
الانصراف من الصلاة وأنه يستحب أن يرجع على غير الطريق الذي مشى
عليه لثبوت ذلك عنه عليه السلام

كتاب الجنائز

والكلام في هذا
الكتاب وهي حقوق الأموات على الأحياء تنقسم إلى ستة أبواب الأول فيما
يستحب أن يفعل به عند الاحتضار وبعده الثاني في غسله الثالث في تكفينه
الرابع في حمله والخامس في الصلاة عليه السادس في دفنه

الباب الأول

ويستحب أن يلقن الميت عند الموت شهادة أن لا إله إلا الله لقوله
عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله وقوله من كان آخر قوله
لا إله إلا الله دخل الجنة واختلفوا في استحباب توجيهه إلى القبلة
فرأى ذلك قوم ولم يره آخرون وروي عن مالك أنه قال في التوجيه ما هو
من الأمر القديم وروي عن سعيد بن المسيب أنه أنكر ذلك ولم يرو ذلك
عن أحد من الصحابة ولا من التابعين أعني الأمر بالتوجيه فإذا قضى الميت
غمض عينيه ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك إلا الغريق فإنه
يستحب في المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته
قال القاضي قلت وإذا قيل هذا في الغريق فهو أولى في كثير من المرضى مثل
الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الأطباء
حتى لقد قال الأطباء في المسكتين إنه ينبغي أن لا يدفنوا إلا بعد ثلاث

الباب الثاني في غسل الميت

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة منها

في حكم الغسل وفيمن يجب غسله من الموتى ومن يجوز ان يغسل وما حكم الغاسل
وصفة الغسل

الفصل الاول

فاما حكم الغسل فانه قيل فيه انه
فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما في المذهب والسبب
في ذلك انه نقل بالفعل لا بالقول والفعل ليس له صيغة تفهم الوجوب او لا تفهمه
وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه السلام في ابنته اغسلنها ثلاثا
او خمسا وبقوله في المحرم اغسلوه ويمكن ان يقال في هذا القول انه خرج مخرج تعليم صفة
الغسل لا مخرج الامر به فلم يقل بوجوبه ومن رأى انه يتضمن الامر والصفة
قال بوجوبه

الفصل الثاني

واما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم
اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في معترك من ايدي الكفار و
اختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل المشرك فاما الشهيد
اعني الذي قتله في المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم امر بقتلى احد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن
وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ولعلهم كانوا
يرون ان ما فعل بقتلى احد كان لموضع الضرورة اعني المشقة في غسلهم وقال بقولهم
من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبري وسئل ابو عمر فيما حكى ابن
المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلي عليه وكان
شهيدا يرحمه الله واختلف الذين اتفقوا على ان الشهيد في حرب المشركين
لا يغسل في الشهداء من قتل اللصوص او غير اهل الشرك فقال الاوزاعي
واحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله اهل الشرك وقال مالك والشافعي
يغسل وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هي الشهادة
مطلقة او الشهادة على ايدي الكفار فمن رأى ان سبب ذلك هي الشهادة
مطلقة قال لا يغسل كل من نص النبي عليه انه شهيد ممن قتل ومن رأى
ان سبب ذلك هي الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم واما غسل
المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره

معترك

الا ان يخاف

الا ان يخاف ضياعه فيواريه وقال الشافعي لا باس بغسل المسلم قرابته
المشركين ودفنهم وبه قال ابو ثور وابو حنيفة واصحابه قال ابو بكر بن
المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روي ان النبي عليه السلام
امر بغسل عمه لما مات وسبب الخلاف هل الغسل هو من باب العبادة او
من باب النظافة فان كان عبادة لم يجز غسل الكافر وان كان نظافة
جاز غسله

الفصل الثالث

واما من يجوز ان يغسل الميت فانهم
اتفقوا على ان الرجال يغسلون الرجال والنساء النساء واختلفوا في
المراة تموت مع الرجال والرجل يموت مع النساء ما لم يكونا زوجين على
ثلاثة اقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب
وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعي وابو حنيفة وجمهور
العلماء وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث
بل يدفن من غير غسل وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهي
على الامر او الامر على النهي وذلك ان الغسل مامور به ونظر الرجل
الى بدن المراة والمراة الى بدن الرجل منهي عنه فمن غلب النهي ولم
يقس الميت على الحي في كون طهارة التراب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها
قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه ومن غلب الامر على النهي
تغليبا مطلقا قال يغسل كل واحد منهما صاحبه ومن ذهب الى التيمم
فلانه رأى انه لا يلحق الامر والنهي في ذلك تعارض وذلك ان النظر الى مواضع
التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك راى مالك ان ييمم الرجل المراة في يديها ووجهها
فقط لكون ذلك ليسا منها بعورة وان ييمم الرجل الى المرفقين لانه ليس من
الرجل بعورة الا ما بين السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التي نقلت
الميت من الغسل الى التيمم عنده وعند من قال به هي تعارض الامر والنهي فكانه شبه
هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها للحي التيمم وهو تشبيه فيه
بعد ولكن عليه الجمهور واما مالك فانه اختلف قوله في هذه المسئلة

مرة قال التيمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ومرة فرق في ذوي الارحام و
المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوي المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه
ان في ذوي المحارم ثلاثة اقوال اشهرها انه يغسل كل واحد منهما صاحبه
على الثياب والقول الثاني انه لا يغسل احدهما صاحبه ويتيممه مثل قول
الجمهور في غير ذوي المحارم والقول الثالث الفرق بين الرجال والنساء اعني
تغسل المراة الرجل ولا يغسل الرجل المراة فسبب المنع ان كل واحد منهما
لا يحل له ان ينظر الى مواضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء وسبب الاباحة
انه موضع ضرورة وهم يعذرون في ذلك الاجنبي وسبب الفرق ان نظر الر
جال الى النساء اغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء حجبن
عن الرجال ولم يحجب الرجال عن النساء واجمعوا من هذا الباب على جواز غسل
المراة زوجها واختلفوا في جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك
وقال ابو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته وسبب اختلافهم هو تشبيه
الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لا يحل له ان ينظر اليها بعد الموت
ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال انما يحل له من النظر اليها قبل الموت
يحل له بعد الموت وانما دعا ابا حنيفة ان شبه الموت بالطلاق لانه راى انه
اذا ماتت احدى الاختين حل له نكاح الاخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه
بعد لان علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولان الاحلة الا ان يقال ان
منع الجمع بين الاختين عبادة غير معقولة فيقوى حينئذ مذهب ابي حنيفة
وكلهم اجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها واختلفوا في ال
رجعية فروي عن مالك انها تغسله وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال ابن القاسم
لا تغسله وان كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده
ان يراها وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج ان ينظر
الى الرجعية او لا ينظر اليها واما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه
فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه وسبب

اختلافهم

114

اختلافهم معارضة حديث ابي هريرة لحديث اسماء وذلك ان ابا هريرة روى عن
النبي عليه السلام انه قال من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ خرجه
ابو داود واما حديث اسماء فانها لما غسلت ابا بكر رضي الله عنه خرجت
فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت اني صائمة وهذا يوم شديد
البرد فهل علي من غسل قالوا لا وحديث اسماء في هذا صحيح واما حديث ابي
هريرة فهو عند اكثر اهل العلم فيما حكى ابو عمر غير صحيح لكن حديث اسماء
ليس في الحقيقة معارضا له فانه من انكر الشيء يحتمل ان يكون ذلك لانه
لم تبلغهم السنة في ذلك وسؤال اسماء والله اعلم يدل على الخلاف في ذلك
في الصدر الاول وبهذا كله قال الشافعي على عادته في الاحتياط والالتفات
الى الآثار لا غسل على من غسل الميت الا ان يثبت حديث ابي هريرة

الفصل الرابع

الفصل الرابع في صفة الغسل وفي هذا الفصل مسائل احداها هل ينزع
عن الميت قميصه اذا غسل ام يغسل في قميصه اختلفوا في ذلك فقال مالك
اذا غسل الميت تنزع ثيابه ويستر عورته وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي
يغسل في قميصه وسبب اختلافهم تردد غسله عليه السلام في قميصه بين
ان يكون خاصا به وبين ان يكون سنة فمن راى انه خاص به وانه لا يحرم من النظر
الى الميت الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عريانا الا عورته فقط التي
يحرم النظر اليها في حال الحياة ومن راى ان ذلك سنة تستند الى باب الاجماع
او الى الامر الالهي لانه روي في الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا
القميص وقد القي عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت في قميصه
المسالة الثانية قال ابو حنيفة لا يوضأ الميت وقال الشافعي
يوضأ وقال مالك ان وضي فحسن وسبب الخلاف في ذلك معارضة
القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضي ان لا وضوء على الميت لان الوضوء
طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا اسقطت العبادة عن الميت سقط
شرطها ولو كان الغسل من جهة الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث ام
عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لان فيه ان رسول الله صلى الله عليه

فان في غسل ابنته ابدان بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة
خرجها البخاري ومسلم والقول بظاهرها يجب ان يعارض بالروايات التي فيها
الغسل مطلقا لان المقيد يقضي على المطلق اذ فيه زيادة على ما يرى كثير
من الناس ويشبه ان يكون من اسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق
للمقيد وذلك انه ورد في اثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقا من غير
ذكر وضوء فيها ولا يحمل الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له في هذا
الموضع والشافعي جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد المسالة
الثالثة اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من اوجبه ومنهم من
استحبه والذين اوجبوا التوقيت منهم من اوجب الوتر اي وتر كان وبه
قال ابن سيرين ومنهم من اوجب الثلاثة فقط وهو ابو حنيفة ومنهم
من اوقف الوتر في ذلك على انه لا ينقص من الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو
الشافعي ومنهم من حد الاكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو
احمد ومنهم من قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حدا وهو مالك واصحابه
وسبب الخلاف من اشترط التوقيت ومن لم يشترطه بل استحبه معارضة
القياس للاثر وذلك ان ظاهر حديث ام عطية يقتضي التوقيت لان فيه
اغسلنها ثلاثا او خمسا او اكثر من ذلك ان رايتن وفي بعض رواياته او سبعا
واما قياس الميت على الحي في الطهارة فيقتضي ان لا توقيت فيها كالحي
في طهارة الحي توقيت فمن رجح الاثر على النظر قال بالتوقيت ومن رام الجمع
بين الاثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب واما الذين اختلفوا في
التوقيت فسببه اختلاف الفاظ الروايات في ذلك في حديث ام عطية
واما الشافعي فانه راى ان لا ينقص من اقل من ثلاثة لانه اقل وتر نطق به في
حديث ام عطية وراى ان ما فوق ذلك مباح لقوله عليه السلام او اكثر من
ذلك ان رايتن واما احمد فاخذ بالاكثر الذي نطق به في بعض روايات الحديث
وهو قوله عليه السلام او سبعا واما ابو حنيفة فصار الى قصر الوتر
على الثلاثة لما روي ان محمد بن سيرين كان ياخذ الغسل عن ام عطية ثلاثا يغسل
بالسدر

بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وايضا فان الوتر الشرعي عنده انما
ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب ان يغتسل في الاولى بالماء القراح
وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا
خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله ام لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل
يعاد والقائلون بانه يعاد اختلفوا في العدد الذي يجب في الاعادة ان
تكرر خروج الحدث فقيل يعاد عليه واحدة وبه قال الشافعي وقيل
يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعا واجمعوا انه لا يزاد على السبع شيء
واختلفوا في تقليم اظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم يقلم ويؤخذ منه
وقال قوم لا تقلم اظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه اثر وانما سببه
الخلاف الخلاف الواقع في ذلك في الامر الاول والتشبيه ان وسبب
الخلاف في ذلك قياس الميت على الحي فمن قاسه اوجب تقليم الاظفار
وحلق العانة لانها من سنة الحي باتفاق وكذلك اختلفوا في عصر بطنه
قبل ان يغسل فمنهم من راه ومنهم من لم يره فمن راه راى ان فيه ضربا من
الاستنقاء من الحدث فهو انقى للطهارة وهو مطلوب في الميت كما هو
من الحي ومن لم يره راى انه من باب تكليف ما لم يشرع وان الحي في ذلك
خلاف الميت

الباب الثالث

في الاكفان والاصل في هذا الباب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية ليس فيها
قميص ولا عمامة وخرج ابو داود عن ليلى بنت قانف الثقفية قالت كنت
فيمن غسل ام كلثوم بنت رسول الله فكان اول ما اعطانا رسول الله الحقو
ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم ادرجت في الثوب الاخر قالت ورسول الله جالس بعد
عند الباب معه كفنها يناولناه ثوبا ثوبا فاكثر العلماء على القول بظاهر هذين
الاثرين فقالوا يكفن الرجل في ثلاثة اثواب والمراة في خمسة اثواب وبه قال
الشافعي واحمد وجماعة وقال ابو حنيفة اقل ما تكفن فيه المراة ثلاثة
اثواب والسنة خمسة اثواب واقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة

فيه ثلاثة أثواب وروى ابن القاسم أنه لا حد في ذلك وأنه يجزئ ثوب واحد فيهما
إلا أنه يستحب الوتر. وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم
الآثار فمن فهم منها الإباحة لم يقل بتوقيت إلا أنه استحب
الوتر لاجتماعها في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكأنه فهم منها
مع الإباحة التوقيت وأنه فيه مع ما يفهم منها أنه سنة للشرع ومن فهم
من العدد أنه مشروع الإباحة قال في التوقيت إما على جهة التأكيد وإما على
جهة الاستحباب وكله واسع إن شاء الله وليس فيه شرع محدود
والعلم بذلك مشروع فيما اليسر فيه وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد في نمرة
وكانوا إذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه وإذا غطوا رجليه خرج
رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجعلوا
على رجليه من الإذخر. واتفقوا على أن الميت يغطى رأسه ويطيب إلا
المحرم إذا مات في إحرامه فإنهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة
المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعي لا يغطى رأسه إذا مات ولا
يمس بطيب. وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فأما الخصوص
فهو حديث ابن عباس قال أتي النبي عليه السلام برجل وقصته راحلته
فمات وهو محرم فقال كفنوه في ثوبيه ولا تمسوه بطيب ولا تخمروا
رأسه ولا تقربوه طيبا فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا. وأما العموم
فهو ما ورد من الأمر بالغسل مطلقا فمن خصص من الأموات المحرم بهذا
الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى أحد وجعل الحكم منه عليه السلام
على الواحد حكما على الجماعة قال لا يغطى رأس المحرم ولا يمس طيبا ومن
ذهب مذهب الجمع لا مذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الأعرابي
خاص به لا يتعدى إلى غيره.

الباب الرابع في صفة المشي مع الجنازة

واختلفوا في سنة المشي مع الجنازة فذهب أهل المدينة إلى أن من
سنتها المشي أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم

يطيب

أن المشي خلفها أفضل. وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التي روى كل واحد من
الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبي عليه السلام مرسلا المشي
أمام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال ابن شهاب وأخذ أهل الكوفة بما رووا
عن علي بن أبي طالب من طريق عبد الرحمن بن أبزى قال كنت أمشي مع علي في جنازة وهو
آخذ بيدي وهو يمشي خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك
فقال إن فضل الماشي خلفها على الماشي أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة
النافلة وإنهما ليعلمان ذلك ولكنهما أحبا أن ييسرا على الناس. وروي عن عمر رضي
الله عنه أنه قال قدموها أمامكم واجعلوها نصب أعينكم فإنما هي موعظة
وتذكرة وعبرة. وبما رووا أيضا عن ابن مسعود أنه كان يقول سألنا رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست
تابعة وليس معها من يقدمها. وحديث المغيرة بن شعبة عن النبي عليه السلام
قال الراكب يسير أمام الجنازة والماشي خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها
قريبا منها. وحديث أبي هريرة أيضا بهذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة
وهذه الأحاديث صار إليها الكوفيون وهي أحاديث يصححها ويضعفها
غيرهم. واتفق العلماء على أن القيام إلى الجنائز منسوخ بما روى مالك من
حديث علي بن أبي طالب أن رسول الله كان يقوم في الجنائز ثم جلس. وذهب
قوم إلى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بما روي من أمره عليه السلام بالقيام
لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله إذا رأيتم الجنازة فقوموا لها
حتى تخلفكم أو توضع. واختلف الذين رأوا أن القيام منسوخ في القيام
على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه يدخل تحت النهي وبعضهم رأى أنه
داخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من الكراهة احتج بفعل علي في ذلك
وذلك أنه روي القيام وقام على قبر ابن المكفف فقيل له ألا تجلس يا أمير
المؤمنين فقال قليل لأخينا قيامنا على قبره.

الباب الخامس في صفة الصلاة

على الجنائز وهذه الجملة تتعلق بها معرفة وجوبها وفصول أحدها في صفة

صلاة الجنازة والثاني على من يصلي ومن اولى بالصلاة والثالث في وقت هذه الصلاة
والرابع في موضع هذه الصلاة والخامس في شروط هذه الصلاة

الفصل الاول

فاما صفة الصلاة فانه يتعلق بها مسائل **المسألة الاولى**
اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الاول اختلافا كثيرا من ثلاث الى سبع
اعني الصحابة رضي الله عنهم ولكن فقهاء الامصار مجمعون على ان التكبير في
الجنازة اربع الا ابن ابي ليلى وجابر بن زيد فانهما كانا يقولان انها خمس و
سبب الخلاف اختلاف الاثار في ذلك وذلك انه ورد من حديث ابي هريرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم
الى المصلى فصف بهم وكبر اربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك
اخذ به جمهور العلماء وجاء في هذا المعنى انه صلى على قبر مسكينة وكبر
عليها اربعا وروى مسلم ايضا عن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال كان زيد بن ارقم يكبر
على الجنائز اربعا وانه كبر على جنازة خمسا فسالناه فقال كان
رسول الله يكبرها وروي عن ابي خيثمة عن ابيه قال كان النبي يكبر على الجنائز
اربعا وخمسا وستا وسبعا وثمانيا حتى مات النجاشي فصف الناس وراءه
وكبر اربعا ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على اربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة
لا حجة للجمهور **المسألة الثانية** واجمع الفقهاء على رفع اليدين
في اول التكبير على الجنازة واختلفوا في سائر التكبير فقال قوم يرفع وقال
قوم لا يرفع وروى الترمذي عن ابي هريرة ان رسول الله كبر في جنازة فرفع
يديه في اول التكبير ووضع اليمنى على اليسرى فمن ذهب الى ظاهر هذا الاثر
وكان من قياسه في الصلاة انه لا يرفع الا في اول التكبير قال الرفع في اول التكبير
ومن قال يرفع في كل تكبيرة شبه التكبيرة الثانية بالاولى لانه كلها يفعل في
حال القيام والاستواء **المسألة الثالثة** اختلف الناس في القراءة
في صلاة الجنازة فقال مالك وابو حنيفة ليس فيها قراءة انما هو الدعاء
وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول بها في بلدنا بحال قال وانما

يحمد

يحمد الله ويثني عليه بعد التكبيرة الاولى ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي عليه
السلام ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي
يقرأ بعد التكبيرة الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبير مثل ما قال مالك
وبه قال احمد وداود وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر وهل يتناول
اسم الصلاة صلاة الجنازة ام لا اما العمل فهو الذي حكاه مالك عن
بلده واما الاثر فهو ما رواه البخاري عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت
خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا انها سنة
فمن ذهب الى ترجيح هذا الاثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة
الجنازة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب راى قراءة
فاتحة الكتاب فيها ويمكن ان يحتج لمذهب مالك بما في الاثار التي
نقل فيها دعاؤه عليه السلام على الجنائز ولم ينقل فيها انه قرأ وعلى هذا
يكون تلك الاثار كانها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا
صلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر البخاري عن ابن شهاب عن ابي امامة بن سهل
ابن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وابناء الذين شهدوا
بدرا ان رجالا من اصحاب النبي عليه السلام اخبروه ان السنة في الصلاة على
الجنازة ان يكبر الامام ثم يقرأ بفاتحة الكتاب سرا في نفسه ثم يخلص الدعاء
في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي اخبرني به ابو امامة
من ذلك لمحمد بن سويد الفهري فقال وانا سمعت الضحاك بن قيس
يحدث عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به ابو امامة
المسألة الرابعة واختلفوا في التسليم من الجنازة هل هو واحد
او اثنان فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة وابو حنيفة يسلم
تسليمتين واختاره المزني من اصحاب الشافعي وهو احد قولي الشافعي
وسبب اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنازة على الصلاة
المفروضة فمن كان يعتقد التسليم تسليمة واحدة في المفروضة وقاس

صلاة الجنازة على الصلاة المعروفة من كان عنده التسليم تسليمة واحدة
في الصلاة المعروفة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة ومن كان عنده تسليمتين
في الصلاة المعروفة قال هاهنا بتسليمتين إلا أن يعتبر في ذلك سنة فيتبع
سنة وإن كانت من طريق ضعيف وقد اختلف المذهب في الجهر
بالسلام المسئلة الخامسة واختلفوا أين يقوم الإمام من الجنازة
فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكرا كان أو أنثى وقال قوم يقوم من
الأنثى وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم من قال يقوم من الذكر والأنثى
عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عند مالك والشافعي
في ذلك حد وقال قوم يقوم منها حيث شاء والسبب في اختلافهم
اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه خرج البخاري ومسلم من حديث
سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب
ماتت وهي نفساء فقام رسول الله للصلاة عليها وسطها وخرج أبو
داود من حديث همام بن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة
رجل فقام حيال رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة فقالوا يا أبا حمزة صل
عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله
قام على الجنازة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم فاختلف الناس
في المفهوم من هذه الأفعال فمنهم من رأى أن قيامه عليه السلام في هذه الموا
ضع المختلفة يدل على الإباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على
أحد هذه الأوضاع أنه شرع وأنه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا
قسمين فمنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته وقال المرأة
والرجل في ذلك سواء لأن الأصل أن حكمهما واحد إلا أن يثبت في ذلك فارق
شرعي ومنهم من رجح حديث همام وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب
فيجب المصير إليها وليس بينهما تعارض أصلا وأما من ذهب إلى ابن القاسم
وأبي حنيفة فلا أعلم لهما من جهة السمع في ذلك مستندا إلا أنه روي عن ابن مسعود

من ذلك

من ذلك المسئلة السادسة واختلفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء
إذا اجتمعت عند الصلاة فقال الأكثر يجعل الرجال مما يلي الإمام والنساء مما
يلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا أي النساء مما يلي الإمام والرجال مما يلي القبلة
وفيه قول ثالث أنه يصلى على كل جنس على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات
وسبب الخلاف ما يغلب على الظن باعتبار أحوال الشرع من أنه يجب أن يكون
في هذا شرع محدود مع أنه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى
كثير من الناس أنه ليس في أمثال هذه المواضع شرع أصلا وأنه لو كان فيها
شرع لبين للناس وأما ذهب الأكثر إلى الوضع فلما من تقديم الرجال على النساء
المروي في ذلك في الموطأ من أن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وأبا هريرة
كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء فيجعلون الرجال مما يلي
الإمام ويجعلون النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن
نافع عن ابن عمر أنه صلى كذلك على جنازة فيهم ابن عباس وأبو هريرة
وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والإمام يومئذ سعيد بن العاص فسألتهم
عن ذلك أو أمرت من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم
ويشبه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم بصفوف الإمام خلف
الإمام في الصلاة ولقوله عليه السلام أخروهن حيث أخرهن الله وأما من
قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه أن يكون رأى أن الأول هو المقدم ولم
يجعل التقديم بالقرب من الإمام وأما من فرق فاحتياطا لما لم يجز مجتمعا
الأمر لم ترد سنة بجواز الجمع فيحتمل أن يكون على أصل الإباحة ويحتمل أن يكون
ممنوعا بالشرع وإذا احتمل الأمر وجب التوقف إذا وجد إليه سبيلا
المسئلة السابعة واختلفوا في الذي يفوته بعض التكبير على الجنازة
في مواضع منها هل يدخل بتكبيرة أم لا ومنها هل يقضي ما فاته أم لا وإن
قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا فروى أشهب عن مالك أنه يكبر أول ما يدخل
وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة ينتظر حتى يكبر الإمام وحينئذ

يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياسا على من فاته بعض الصلاة
المفروضة واتفق مالك والشافعي وابو حنيفة على انه يقضي ما فاته من التكبير
الا ان ابا حنيفة يرى ان يدعو بين التكبير المقضي ومالك والشافعي يريان ان يقضيه
نسقا وانما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا
وما فاتكم فاقضوا فمن رأى ان هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضي
التكبير وما فاته من الدعاء ومن اخرج الدعاء من ذلك اذ كان غير موقت قال
يقضي التكبير فقط اذ كان هو الموقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم
هو من باب تخصيص العام بالقياس فابو حنيفة اخذ بالعموم وهؤلاء اخذوا
بالخصوص

المسألة الثامنة

واختلفوا في الصلاة على القبر لمن فاتته
الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال ابو حنيفة لا يصلي على
القبر الا الولي فقط وقال الشافعي واحمد وداود وجماعة يصلي على القبر
من فاتته الصلاة على الجنازة ~~وكان الذي صلى عليها غير وليها~~ واتفق القائلون باجازة
الصلاة على القبر ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا في هذه المدة
واكثرها شهر وسبب معارضة العمل للاثر اما مخالفة العمل فان ابن القاسم
قال قلت لمالك فالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى على قبر امرأة
قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق
من اصحاب الحديث قال احمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبي
عليه السلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق
فجميعها تسعة واما البخاري ومسلم فروياه من طريق ابي هريرة واما
مالك فخرجه مرسلا عن ابي امامة بن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول
الشافعي واما ابو حنيفة فانه جرى على عادته فيما احسب اعني
في رد اخبار الآحاد التي تعم بها البلوى اذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك
ان عدم الانتشار اذا كان خبرا شانه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه من
غلبة الظن بصدقه الى الشك فيه او الى غلبة الظن بكذبه او نسخه وقد

اذا فاتته الصلاة على الجنازة وكان الذي صلى عليها غير وليها صح

تكلمنا

تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا في وجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع الذي تسميه
الحنفية عموم البلوى وقلنا انه من جنس واحد

الفصل الثاني

فيمن يصلى
عليه ومن اولى بالتقديم واجمع اكثر اهل العلم على اجازة الصلاة على كل من
قال لا اله الا الله وفي ذلك اثر انه قال عليه السلام صلوا على من قال لا اله الا
الله وسواء كان من اهل الكبائر او من اهل البدع الا ان مالكا كره لاهل الفضل
الصلاة على اهل البدع ولم ير ان يصلي الامام على من قتله حدا واختلفوا فيمن قتل
نفسه فرأى قوم انه لا يصلى عليه واجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم
يجز الصلاة على اهل الكبائر ولا على اهل البغي والسبب في اختلافهم في الصلاة
على اهل البدع هو اختلافهم في تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل البعيد
لم يجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول
لا تأويل اقواله عليه السلام قال الصلاة عليهم جائزة وانما اجمع المسلمون
على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى ولا تصل
على احد منهم مات ابدا ولا تقم على قبره الآية واما اختلافهم في اهل الكبائر
فليس يمكن ان يكون له سبب الا من جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب
لكن ليس هذا مذهب اهل السنة فلذلك ليس ينبغي ان يمنع الفقهاء الصلاة
على اهل الكبائر واما كراهية مالك الصلاة على اهل البدع فذلك لمكان
الزجر والعقوبة لهم واما لم ير مالك الصلاة للامام على من قتله حدا فلان رسول
الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه
ابو داود واما اختلافهم في الصلاة على من قتل نفسه فلحديث جابر
بن سمرة ان رسول الله ابى ان يصلي على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الاثر
قال لا يصلى على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى ان حكمه حكم المسلمين وان
كانوا من اهل النار كما ورد في الاثر لكن ليس هو من المخلدين لكونه من اهل
الايمان وقد قال عليه السلام حكاية عن ربه اخرجوا من النار من في قلبه
مثقال حبة من الايمان واختلفوا في الصلاة على الشهداء المقتولين

المقتول

في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصلى على الشهيد في المعركة ولا يغسل
وقال أبو حنيفة يصلى عليه ولا يغسل وسبب اختلافهم اختلاف الآثار
في ذلك وذلك أنه خرج أبو داود من طريق جابر أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء
أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروي من طريق ابن عباس
أن رسول الله عليه الصلاة والسلام صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولا يمم وروي
في ذلك أيضا مرسلا من حديث أبي مالك الغفاري وكذلك روي أيضا أن أعرابيا
جاءه سهم فوقع في حلقه فصلى النبي عليه وقال إن هذا عبدك خرج مجاهدا في
سبيلك فقتل شهيدا وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الأحاديث
التي أخذ بها وكانت الشافعية تعتل في حديث ابن عباس هذا وتقول يرويه
ابن أبي الزناد وكان قد اختلط آخر عمره وقد كان شعبة يطعن فيه وأما المراسيل
فليست عندنا حجة واختلفوا متى يصلى على الطفل فقال مالك لا يصلى
على الطفل حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصلى
عليه إذا نفخ فيه الروح وذلك إذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر وأكثر
وبه قال ابن أبي ليلى وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد وذلك
أنه روى الترمذي عن جابر بن عبد الله عن النبي أنه قال الطفل لا يصلى عليه
ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخا وروي عنه عليه السلام من حديث
المغيرة بن شعبة أنه قال الطفل يصلى عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر
قال إن [illegible] وهذا مفسر والواجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير
فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلى عليه إذا استهل صارخا ومن
ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن المعتبر في الصلاة هو حكم الإسلام
والحياة والطفل إذا نفخ فيه فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حي
إذا مات صلي عليه فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص بموافقة القياس
له ومن الناس من شذ فقال لا يصلى على الأطفال أصلا وروى أبو داود
أن النبي لم يصل على إبراهيم ابنه وهو ابن ثمانية أشهر وروي فيه أنه

صلى عليه

120

صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفوا في الصلاة على المسبيين من الأطفال
فذهب مالك في رواية المصريين عنه أن الطفل من أولاد الحربيين لا يصلى عليه
حتى يعقل الإسلام سواء سبي مع أبويه أو لم يسب معهما وأن حكمه حكم أبويه
إلا أن يسلم الأب فهو تابع له دون الأم ووافقه الشافعي على أنه إن أسلم أحد
الأبوين فهو تابع لمن أسلم منهما لا للأب وحده على ما ذهب إليه مالك وقال
أبو حنيفة يصلى على الأطفال المسبيين وحكمهم حكم من سباهم وقال الأوزاعي
إذا ملكهم المسلمون صلي عليهم أعني إذا بيعوا في القسم فقال [illegible]
التبعية [illegible] فيه وأجمعوا على أنه إذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم
ولا أسلم أحد أبويهم أن حكمهم حكم آبائهم والسبب في اختلافهم اختلافهم
في الأطفال المشركين هل هم من أهل الجنة أو من أهل النار وذلك أنه جاء في بعض
الآثار أنهم من آبائهم أي أن حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه السلام كل مولود
يولد على الفطرة أن حكمهم حكم المؤمنين وأما من أولى بالتقديم للصلاة على
الجنازة فقيل الولي وقيل الوالي فمن قال الوالي شبهه بصلاة الجمعة من حيث
هي صلاة جماعة ومن قال الولي شبهها بسائر الحقوق التي الولي فيها أحق
مثل مواراته ودفنه والأكثر من أهل العلم على أن الوالي أحق قال أبو بكر بن المنذر
وقدم الحسين بن علي سعيد بن العاص وهو والي المدينة ليصلي على الحسن بن علي
وقال لولا أنها سنة ما تقدمت قال أبو بكر وبه أقول وأكثر العلماء على أنه لا
يصلى إلا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشي والجمهور
على أن ذلك خاص بالنجاشي واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور
على أنه يصلى على الأكثر لأن الأقل تبع الميت له ومن قال إنه يصلى على الأقل قال
لأن حرمة البعض كحرمة الكل لا سيما إن كان ذلك العضو محل الحياة وكان
ممن يعتبر الصلاة على الغائب

الفصل الثالث في وقت الصلاة على
الجنازة واختلفوا في الوقت الذي تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم
لا تصلى في الأوقات الثلاثة التي ورد النهي فيها وهي وقت الغروب والطلوع

وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلي فيها وان نقبر موتانا الحديث وقال قوم
لا يصلى في الغروب والطلوع فقط ويصلى بعد الصبح وبعد العصر ما لم تصفر
الشمس وما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة في الاوقات الخمسة
المنهي عنها وبه قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول ابي حنيفة وقال
الشافعي يصلى على الجنازة في كل وقت لان الاوقات التي نهي عنها انما هو
خارج عن النوافل لا على السنن كما تقدم

الفصل الرابع في مواضع الصلاة

واختلفوا في الصلاة على الجنازة في المسجد فاجازها اكثر العلماء
وكرهها بعضهم منهم ابو حنيفة وبعض اصحاب مالك وقد روي كراهية ذلك
عن مالك وخففه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد
وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث ابي هريرة اما حديث عائشة
فما رواه مالك انها امرت ان يمر عليها بسعد بن ابي وقاص في المسجد
حين مات لتدعو له فانكر الناس ذلك عليها فقالت ما اسرع ما نسي الناس ما صلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء الا في المسجد واما حديث
ابي هريرة فهو ان رسول الله قال من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء عليه
وحديث عائشة رضي الله عنها اثبت وحديث ابي هريرة غير ثابت او غير
متفق على ثبوته لكن ان كان انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل بخلاف
ذلك ويشهد لذلك بروزه عليه السلام للمصلى للصلاة على النجاشي وقد
زعم بعضهم ان سبب المنع في ذلك ان ميتة بني ادم ميتة وفيه ضعف لانه
الميتة شرعي ولا يتبين لابن ادم الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز
في المقابر للنهي الوارد عن الصلاة فيها واجازه الاكثر لعموم قوله عليه
السلام وجعلت لي الارض مسجدا وطهورا

الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة

واتفق الاكثر على ان من شرطها الطهارة كما اتفق
جميعهم على ان من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها اذا خيف

ح وقالت عائشة

فواتها فقال قوم يتيمم ويصلي عليها اذا خاف الفوات وبه قال ابو حنيفة
وسفيان والاوزاعي وجماعة وقال مالك والشافعي لا يصلى عليها بتيمم
وسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها
اجاز التيمم اعني من شبه فقد الوقت بفوات الصلاة على الجنازة وقتها
ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لانها عنده من فروض الكفاية او من سنن
الكفاية على اختلافهم في ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز ان يصلى على الجنازة
بغير طهارة وهو قول الشعبي وهؤلاء ظنوا ان الصلاة لا تتناول صلاة
الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء اذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود

الباب السادس في الدفن

واجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه
قوله تعالى الم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا وقوله تعالى فبعث الله
غرابا يبحث في الارض وكره مالك والشافعي تجصيص القبور واجاز
ذلك ابو حنيفة وكره الاكثر قوم القعود عليها وقوم اجازوه وتأولوا
النهي عن ذلك انه القعود لحاجة الانسان والاثار الواردة في
النهي عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء
عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال راني رسول الله على قبر فقال انزل
عن القبر لا تؤذ صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من اجاز القعود على
القبر بما روي عن زيد بن ثابت انه قال انما نهى رسول الله عن الجلوس على
القبور لحدث غائط او بول وفي موطأ مالك وروي عن ابي هريرة انه قال قال
رسول الله من جلس على قبر يبول عليه او يتغوط فكانما جلس على جمر
نار والى هذا ذهب ابو حنيفة ومالك والشافعي

كتاب الصيام

وهذا الكتاب ينقسم اولا قسمين احدهما في الصوم الواجب
والاخر في المندوب اليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم الى قسمين
احدهما في الصوم والاخر في الفطر اما القسم الاول وهو الصيام

فإنه ينقسم أولا إلى جملتين إحداهما معرفة أنواع الصيام الواجب و
الأخرى في معرفة أركانه وأما القسم الذي يتضمن النظر في الفطر فإنه ينقسم
إلى معرفة المفطرات وإلى معرفة المفطرين وأحكامهم فلنبدأ بالقسم الأول
من هذا الكتاب وفي الجملة الأولى منه وهي معرفة أنواع الصوم فنقول
إن الصوم الشرعي منه واجب ومنه مندوب إليه والواجب ثلاثة أقسام
منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم رمضان بعينه ومنه ما يجب لعلة
وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بإيجاب الإنسان ذلك على نفسه وهو
صيام النذر والذي يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو
صوم رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التي تجب
منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر في كتاب النذر فأما صوم رمضان
فهو واجب بالكتاب والسنة والإجماع فأما الكتاب فقوله تعالى كتب
عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون وأما السنة
ففي قوله عليه السلام بني الإسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله
للأعرابي وصيام شهر رمضان قال هل علي غيرها قال لا إلا أن تطوع
وأما الإجماع فإنه لم ينقل إلينا خلاف عن أحد من الأئمة في ذلك وأما
على من يجب وجوبا غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح إذا لم تكن
فيه الصفة المانعة من الصوم وهي الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله
تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه

الجملة الثانية في الأركان

والأركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والإمساك عن المفطرات
والثالث مختلف فيه وهو النية فأما الركن الأول الذي هو الزمان فإنه
ينقسم إلى قسمين أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان والآخر
زمان الإمساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون لياليه ويتعلق
بكل واحد من هذين الزمانين مسائل هي أصول هذا الباب فلنبدأ بما يتعلق
من ذلك بزمان الوجوب وأول ذلك في تحديد طرفي هذا الزمان وثانيها في

الطرفين

الطرفين اللذين يوصل إلى معرفة العلامة المحددة لهما في حق شخص شخص وأحوال في
فأما طرفا هذا الزمان فإن العلماء أجمعوا على أن الشهر العربي يكون تسعا
وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار في تحديد شهر رمضان إنما هو
الرؤية لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته وعنى بالرؤية
أول ظهور القمر بعد السرار واختلفوا في الحكم إذا غم الشهر ولم تمكن
الرؤية وفي وقت الرؤية المعتبر فأما اختلافهم إذا غم الهلال أول الشهر
فإن الجمهور يرون أن الحكم في ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فإن كان الذي غم هلال
أول الشهر عد الشهر الذي قبله ثلاثين وكان أول رمضان الحادي والثلاثين
وإن كان الذي غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب ابن عمر إلى
أنه إن كان المغمى عليه هلال أول الشهر صيم اليوم التالي وهو الذي يعرف بيوم
الشك وروي عن بعض السلف أنه إذا أغمي الهلال رجع إلى الحساب بمسير
القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين
وحكى ابن سريج عن الشافعي أنه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم
ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال أن الهلال مرئي وقد غم فإن له
أن يعقد الصوم ويجزيه وسبب اختلافهم الإجمال الذي في قوله عليه
السلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فاقدروا له
فذهب الجمهور إلى أن تأويله أكملوا العدة ثلاثين ومنهم من رأى أن معنى التقدير
له هو عده بالحساب ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائما وهو
مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد في اللفظ وإنما صار الجمهور لهذا التأويل
لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه السلام فإن غم عليكم فأكملوا العدة
ثلاثين وهو مجمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل المجمل على المفسر وهي
طريقة لا خلاف فيها بين الأصوليين فإنه ليس عندهم تعارض بين المجمل والمفسر
تعارض أصلا فمذهب الجمهور في هذا لائح والله أعلم وأما اختلافهم
في اعتبار وقت الرؤية فإنهم اتفقوا على أنه إذا رئي من العشي أن الشهر

م الثالثة واختلفوا اذا رءي في سائر اوقات النهار اعني اول النهار
او في اخره فالجمهور ان القمر في اول النهار واخره لليوم المستقبل واكثر رايهم
بالعشي وممن قال بهذا القول مالك والشافعي وابو حنيفة وجمهور اصحابهم
وقال ابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة والثوري وابن حبيب من اصحاب مالك
اذا رءي الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان رءي بعد الزوال فهو
للاتية وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والر
جوع الى الاخبار في ذلك وليس في ذلك اثر عن النبي عليه السلام يرجع
اليه لكن روي عن عمر رضي الله عنه اثران احدهما عام والاخر مفسر فذ
هب قوم الى العام وذهب قوم الى المفسر فاما العام فخرجه الدارقطني عن
شقيق بن سلمة قال اتانا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الاهلة
بعضها اكبر من بعض فاذا رايتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى يشهد رجلان
انهما راياه بالامس واما المفسر فما رواه الثوري عنه انه بلغ عمر بن الخطاب
ان قوما راوا الهلال بعد الزوال فافطروا فكتب اليهم يلومهم اذا رايتم الهلال
نهارا قبل الزوال فافطروا واذا رايتموه بعد الزوال فلا تفطروا قال القاضي
والذي يقتضيه القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب الا وهو بعيد
منها لانه حينئذ يكون اكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف في الكبر والصغر فبعيد
والله اعلم ان يبلغ من الكبر ان يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد في ذلك التجربة
كما قلنا ولا فرق في ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتبر في ذلك مغيب الشمس
او لا مغيبها واما اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فان له طريقين احدهما الحس
والاخر الخبر فاما طريق الحس فانهم اجمعوا على ان من ابصر هلال الصوم وحده
ان عليه ان يصوم الا عطاء بن ابي رباح فانه قال لا يصوم الا برؤية غيره معه واختلفوا
هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وابو حنيفة واحمد انه لا يفطر وقال الشافعي
يفطر وبه قال ابو ثور وهذا لا معنى له فان النبي صلى الله عليه وسلم قد اوجب الصوم
والفطر للرؤية والرؤية انما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية

لبعد

لبعد وجوب الصوم بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم
والفطر لمكان سد الذريعة ان لا يدعي الفساق انهم راوا الهلال فيفطرون وهم بعد
لم يروه ولذلك قال الشافعي ان خاف التهمة امسك عن الاكل والشرب واعتقد
الفطر وشذ مالك فقال من افطر وقد راى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة
وقال ابو حنيفة عليه القضاء فقط واما طريق الخبر فانهم اختلفوا في عدد
المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فاما مالك فقال انه
لا يجوز ان يصام ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعي في رواية
المزني انه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر باقل من شهادة رجلين
وقال ابو حنيفة ان كانت السماء مغيمة قبل واحد وان كانت صاحية بمصر
كبير لم تقبل الا شهادة الجم الغفير وروي عنه انه يقبل شهادة عدلين
اذا كانت السماء مصحية وقد روي عن مالك انه لا يقبل شهادة الشاهدين
الا اذا كانت السماء مغيمة واجمعوا على انه لا يقبل في الفطر الا اثنان الا ابا ثور
فانه لم يفرق في ذلك بين الفطر والصوم كما فرق الشافعي وسبب اختلافهم
اختلاف الاثار في هذا الباب وتردد الخبر في ذلك بين ان يكون من باب الشهادة
او من باب العمل بالاحاديث التي لا يشترط فيها العدد اما الاثار فمنها ما خرجه
ابو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب انه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه
فقال اني جالست اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسالتهم وانهم حدثوني ان
رسول الله قال صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاتموا ثلاثين
فان شهد شاهدان فصوموا وافطروا ومنها حديث ابن عباس انه قال جاء
اعرابي الى النبي عليه السلام فقال ابصرت الهلال الليلة فقال اتشهد ان لا اله
الا الله وان محمدا قال نعم فقال يا بلال اذن في الناس فليصوموا
غدا خرجه الترمذي قال وفي اسناده خلاف لانه رواه جماعة مرسلا ومنها
حديث ربعي بن حراش خرجه ابو داود عن ربعي بن حراش عن رجل من اصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم قال اختلف الناس في اخر يوم من رمضان فقدم اعرابيان فشهدا

فيفطرون
رواية
بشهادة
عبده ورسوله

عند النبي عليه السلام لاهلا الهلال امس عشية فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
الناس ان يفطروا وان يغدوا الى المصلى فمذهب الناس في هذه
الاثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع بين حديثي ابن عباس
وحديث ربعي بن حراش على ظاهرهما فاوجب الصوم بشهادة واحد والفطر
باثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس اعني تشبيه ذلك
بالشهادة في الحقوق ويشبه ان يكون ابو ثور لم ير تعارضا بين حديثي ابن عباس
وحديث ربعي بن حراش وذلك ان الذي في حديث ربعي بن حراش انه قضى بشهادة
اثنين وفي حديث ابن عباس انه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز
الامرين جميعا لا ان ذلك تعارض وان القضاء الاول يختص بالصوم والثاني با
لفطر فالقول بهذا انما ينبني على نفي التعارض وكذلك لا يشبه ان يكون
تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين حديثي ابن عباس الا بدليل الخطاب
وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد نرى ان قول ابي ثور على شذوذه هو
اقيس مع ان تشبيه الراي بالراي هو اشكل من تشبيهه بالشهادة لان الشهادة
انما اشترط فيها العدد فيما عدا قضية معللة فلا يجوز ان يقاس
عليها واما ان يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع في الحقوق
والشبهة التي تعرض من قبل احد الخصمين فيما يشترك فيه العدد ليكون الظن
اغلب والميل الى احد حجة الخصمين اقوى ولم يتعد لذلك الى الاثنين لئلا يعسر
قبول الشهادة فيبطل الحقوق وليس في رؤية الغم شبهة من قبل الغير توجب
الاستظهار بالعدد ويشبه ان يكون الشافعي فرق بين هلال الفطر وهلال
الصوم للتهمة التي تعرض للناس في هلال ولا تعرض في هلال الصوم ومذهب
ابي بكر بن المنذر وهو مذهب ابي ثور واحسبه هو مذهب اهل الظاهر وقد
احتج ابو بكر بن المنذر لهذا الحديث باتفاق الاجماع على وجوب الفطر
والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب ان يكون الامر كذلك في دخول الشهر
وخروجه اذ كلاهما علامة يفصل زمان الفطر من زمان الصوم واذا قلنا

ان الرؤية

ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فهل يتعدى الحكم من بلد الى بلد اعني هل يجب على
اهل بلد ما اذا لم يروه ان ياخذوا في ذلك برؤية بلد اخر ام لكل بلد رؤيته فيه خلاف
فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه انه اذا ثبت عند اهل بلد
ان اهل بلد اخر راوا الهلال ان عليهم قضاء ذلك اليوم الذي افطروه وصامه
غيرهم وبه قال الشافعي واحمد وروى المدنيون عن مالك ان الرؤية لا تلزم
بالخبر غير اهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية الا ان يكون الامام يحمل
الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من اصحاب مالك واجمعوا
انه لا يراعى ذلك في البلدان النائية كالاندلس والحجاز والسبب في هذا الخلاف
تعارض الاثر والنظر اما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف
فيجب ان يحمل بعضها على بعض لانها في قياس الافق الواحد واما اذا اختلفت
اختلافا كثيرا فليس يجب ان يحمل بعضها على بعض واما الاثر فما رواه مسلم
عن كريب ان ام الفضل بنت الحارث بعثته الى معاوية بالشام فقال فقدمت الشام
فقضيت حاجتها واستهل علي رمضان وانا بالشام فرايت الهلال ليلة
الجمعة ثم قدمت المدينة في اخر الشهر فسالني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال
فقال متى رايتم الهلال فقلت رايته ليلة الجمعة فقال انت رايته قلت نعم
وراه الناس وصاموا وصام معاوية فقال لكن رايناه ليلة السبت فلا نزال
نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما او نراه فقلت الا تكتفي برؤية معاوية فقال
لا هكذا امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فظاهر هذا الاثر يقتضي ان
لكل بلد رؤيته قرب او بعد والنظر يعطي الفرق بين البلاد النائية والقريبة
وبخاصة ما كان نايها في الطول والعرض كثيرا واذا بلغ الخبر مبلغ التواتر
لم يحتج فيه الى شهادة فهذه المسائل التي تتعلق بزمان الوجوب
واما التي تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على ان اخره غيبوبة الشمس
لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل واختلفوا في اوله فقال الجمهور هو
طلوع الفجر الثاني المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقال

اعني انه حد بالمستطيل والظاهر قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط
الاسود من الفجر الاية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذي يكون بعد الابيض وهو
نظير الشفق الاحمر وهو مروي عن حذيفة وابن مسعود وسبب هذا الخلاف
هو اختلاف الاثار في ذلك واشتراك اسم الفجر اعني انه يقال على الابيض
والاحمر فاما الاثار التي احتجوا بها فمنها حديث زر عن حذيفة قال تسحرت
مع النبي عليه السلام ولو اشاء ان اقول هو النهار الا ان الشمس لم تطلع وخرج
ابو داود عن قيس بن طلق عن ابيه انه عليه السلام قال كلوا واشربوا ولا
يهيدنكم الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال ابو داود
هذا مما انفرد به اهل اليمامة وهو شذوذ فان قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط
الابيض نص في ذلك او كالنص والذين راوا انه الفجر الابيض المستطير وهم
الجمهور والمعتمد اختلفوا في الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه
وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل مباح له حتى يتبينه
وان كان قد طلع وفايدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن انه لم يطلع قد كان قد
طلع فمن قال الحد في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين
لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر هل على الامساك بالتبيين نفسه
او بالشيء المتبين لان العرب تتجوز فتستعمل لاحق الشيء بدل الشيء على
وجه الاستعارة فكانه قال تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض
من الخيط الاسود لانه اذا تبين في نفسه تبين لنا فاذا اضافة التبيين لنا
هو الذي اوقع الخلاف فقد يتبين في نفسه ويتميز ولا يتبين لنا وظاهر
اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع
نفسه اعني قياسا على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال
وغيره فان الاعتبار في جميعها في الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق
به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الاكل يجوز ان يتصل بالطلوع
وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول الاول ما في كتاب البخاري

خمس

المنه

المنه في بعض رواياته قال النبي عليه السلام كلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام
مكتوم فانه لا ينادي حتى يطلع الفجر وهذا نص في موضع الخلاف وهو ان يكاد
ان يكون نصا في قوله تعالى وكلوا واشربوا الاية ومن ذهب الى انه يجب الامساك
قبل الفجر فجريا على الاحتياط وسد الذريعة وهو اورع والاول اقيس

الركن الثاني وهو الامساك واجمعوا انه يجب على الصائم الامساك
زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى فالان باشروهن وكلوا
واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر واختلفوا
من ذلك في مسايل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها اما المسكوت عنها
فاحدها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ
الطعام والشراب مثل الحقنة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف
مثل ان يرد الدماغ ولا يرد المعدة والسبب في اختلافهم هو قياس الغير مغذ
على المغذي وذلك ان المنطوق به انما هو المغذي فمن راى ان المقصود بالصوم معنى
معقول لم يلحق المغذي بغير المغذي ومن راى انه عبادة غير معقولة وان المقصود
منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذي وغير المغذي
وتحصيل مذهب مالك انه يجب الامساك عما يصل الى الحلق من اي المنافذ
وصل مغذيا كان او غير مغذ واما ما عدا الماكول والمشروب من المفطرات فكلهم
يقولون ان من قبل فامنى فقد افطر وان امذى لم يفطر الا مالك واختلفوا في القبلة
للصائم فمنهم من اجازها ومنهم من كرهها للشاب واجازها للشيخ ومنهم
من كرهها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روي من حديث عايشة وام سلمة
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صايم ومن كرهها فلما يدعو اليه من
الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر على كل حال واحتجوا لذلك بما روي
عن ميمونة بنت سعد قالت سيل رسول الله عن القبلة للصائم فقال افطرا
جميعا خرج هذا الاثر الطحاوي ولكن ضعفه واما ما يقع من هذه من قبل
الغلبة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المفطرات واحكام هذه

كذا نخ المغذي بغير المغذي

المقصود

وأما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالحجامة والقيء. أما الحجامة فإن فيها ثلاثة أقوال: مذهب قوم قالوا إنها تفطر وإن الإمساك عنها واجب، وبه قال أحمد وداود والأوزاعي وإسحاق بن راهويه، وقوم قالوا إنها مكروهة للصائم وليست تفطر، وبه قال مالك والشافعي والثوري، وقوم قالوا إنها غير مكروهة ولا مفطرة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه. وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك، وذلك أنه ورد في ذلك حديثان: أحدهما ما روي من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه قال عليه السلام: أفطر الحاجم والمحجوم. وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد. والحديث الثاني حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم، وحديث ابن عباس هذا صحيح. فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب: أحدها مذهب الترجيح، والثاني مذهب الجمع، والثالث مذهب الإسقاط عند التعارض والرجوع إلى البراءة الأصلية إذا لم يعلم الناسخ منهما والمنسوخ. فمن ذهب مذهب الترجيح قال: حديث ثوبان يوجب حكما، وحديث ابن عباس رافعه، والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع، لأن الحكم إذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع إلا بطريق يوجب العمل برفعه، وحديث ثوبان قد وجب العمل به، وحديث ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخا ويحتمل أن يكون منسوخا، وذلك شك، والشك لا يوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل، وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثرا. ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهي على الكراهة، وحديث الاحتجام على رفع الحظر. ومن أسقطهما للتعارض قال بإباحة الاحتجام للصائم. وأما القيء فإن جمهور العلماء على أن من ذرعه القيء فليس بمفطر إلا ربيعة فإنه قال إنه مفطر، وجمهورهم أيضا على أن من استقاء فقاء فإنه مفطر إلا طاوس. وسبب الاختلاف ما يتوهم من التعارض بين الآثار الواردة في هذه المسألة، واختلافهم أيضا في تصحيحها، وذلك أنه ورد في هذا الباب حديثان: أحدهما حديث أبي الدرداء أن رسول الله قاء فأفطر. قال

معدان: فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له إن أبا الدرداء حدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر، فقال: صدق، أنا صببت له وضوءه. وصحح حديث ثوبان هذا الترمذي. والآخر حديث أبي هريرة خرجه الترمذي وأبو داود أيضا أن النبي عليه السلام قال: من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء، وإن استقاء فعليه القضاء. وروي موقوفا عن ابن عمر. فمن أخذ بظاهر حديث ثوبان رأى أن القيء يوجب الفطر بإطلاق ولم يفرق بين أن يستقيء أو لا يستقيء، ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبي هريرة مفسر، والواجب حمل المجمل على المفسر، فرق بين القيء والاستقاءة، وهو الذي عليه الجمهور.

الركن الثالث

وهو النية. والنظر في النية في مواضع: منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط؟ وإن كانت شرطا فما الذي يجزئ من تعيينها؟ وهل يجب تجديدها لكل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك النية الواقعة في اليوم الأول؟ وإذا أوقعها المكلف فأي وقت إذا وقعت فيه صح الصوم، وإذا لم تقع فيه بطل الصوم؟ وهل رفض النية يوجب الفطر وإن لم يفطر؟ وكل هذه المطالب قد اختلف العلماء فيها. أما كون النية شرطا في صحة الصيام فإنه قول الجمهور، وشذ زفر فقال: لا يحتاج رمضان إلى نية إلا أن يكون المرء مريضا أو مسافرا فيريد الصوم. والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق إلى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة؟ فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية، ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى إذا صام وإن لم ينو. لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف، وكأنه لما رأى أن أيام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى أن كل صوم يقع فيها ينقلب صوما شرعيا، وأن هذا شيء يخص هذه الأيام. وأما اختلافهم في تعيين النية المجزئة في ذلك فإن مالكا قال: لا بد في ذلك من تعيين صوم رمضان، ولا يكفيه اعتقاد الصوم

الصوم مطلقا ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال ابو حنيفة ان اطلق الصوم اجزاه وكذلك ان نوى فيه صياما غيره اجزاه وانقلب الى صيام رمضان الا ان يكون مسافرا فانه اذا نوى المسافر صوما غير رمضان في رمضان كان ما نوى لانه لم يجب عليه صوم رمضان وجوبا معينا ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقالوا كل صوم نوي في رمضان انقلب الى رمضان وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة او تعيين شخصها وذلك ان كلا الامرين موجود في الشرع مثال ذلك ان النية تكفي منها اعتقاد رفع الحدث اي حدث كان من الاحداث اعني ان الوضوء في الشرع صحيح وليس يختص عبادة بوضوء وضوء واما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص الصلاة ان عصرا فعصر وان ظهرا فظهر وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين من العبادة فمن الحقه بالجنس الواحد قال يكفي في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن الحقه بالجنس الثاني اشترط تعيين الصوم واما اختلافهم ايضا اذا نوى في ايام رمضان صوما اخر هل ينقلب او لا ينقلب فسببه ايضا ان من العبادات عندهم ما ينقلب من قبل ان الوقت الذي يوقع فيه مختص بالعبادة التي ينقلب اليها ومنها ما ليس ينقلب اما التي لا تنقلب فاكثرها واما التي تنقلب باتفاق فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدا الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا في غيرها فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لا ينقلب واما اختلافهم في وقت النية فان مالكا راى انه لا يجزي الصيام الا بنية قبل الفجر وذلك في جميع انواع الصوم وقال الشافعي تجزي النية بعد الفجر في النافلة ولا تجزي في الفروض وقال ابو حنيفة تجزي النية بعد الفجر في الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر ايام محدودة وكذلك في النافلة ولا يجزي في الواجب في الذمة والسبب في اختلافهم تعارض الاثار الواردة في ذلك اما الاثار المتعارضة

غير

في الوضوء

فاحدها

127

فاحدها ما خرجه البخاري من حديث حفصة عن ابن عمر قال ابو عمر حديث حفصة في اسناده اضطراب والثاني ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم يا عائشة هل عندكم شيء قالت فقلت يا رسول الله ما عندنا شيء قال فاني صائم ولحديث معاوية انه قال على المنبر يا اهل المدينة اين علماؤكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول هذا اليوم يوم عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وانا صائم فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب مذهب الترجيح اخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض اعني حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل وانما فرق ابو حنيفة بين الواجب المعين والواجب في الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية في التعيين والذي في الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان يكون التعيين بالنية وجمهور العلماء على انه ليس الطهارة من الجنابة شرطا في صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وام سلمة زوج النبي عليه السلام انهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من جماع غير احتلام في رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الاجماع على ان الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم وروي عن ابراهيم النخعي وعروة بن الزبير وطاوس انه ان تعمد ذلك افسد صومه وسبب اختلافهم ما روي عن ابي هريرة انه كان يقول من اصبح جنبا في رمضان افطر وروي عنه انه قال ما انا قلته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من اصحاب مالك الى ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فاخرت الغسل ان يومها يوم فطر واقاويل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنن المشهورة الثابتة

القسم الثاني والصوم المفروض

وهذا القسم في الفطر واحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة اقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء يتعلق به احكام اما الذين يجوز لهم الامران فالمريض باتفاق

من الجنابة

الفقهاء

وأما المسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا كله مجمع
عليه. فأما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل إن صام أجزأه صومه أم
ليس يجزيه وهل إن كان يجزئ المسافر الصوم فالأفضل له الصوم أو الفطر أو هو
مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود أم في كل ما ينطلق عليه اسم
السفر في وضع اللغة ومتى يفطر المسافر ومتى يمسك وهل إذا مر بعض الشهر
له أن ينشئ السفر أم لا ثم إذا أفطر ما حكمه. وأما المريض فالنظر فيه
أيضا في تحديد المرض الذي يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر.

أما المسألة الأولى وهي إن صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن
فرضه أم لا فإنهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى أنه إن صام وقع
صيامه وأجزأه وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يجزيه وأن فرضه هو
أيام أخر. والسبب في اختلافهم تردد قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو
على سفر فعدة من أيام أخر بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك
محذوف أصلا أو يحمل على المجاز فيكون التقدير فأفطر فعدة من أيام
أخر. وهذا الحذف في الكلام هو الذي يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن
الخطاب. فمن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال إن فرض المسافر
عدة من أيام أخر لقوله تعالى فعدة من أيام أخر ومن قدر فأفطر قال إنما فرضه
عدة من أيام أخر إذا أفطر. وكلا الفريقين يرجح تأويله بالآثار الشاهدة
لكلا المفهومين وإن كان الأصل هو أن يحمل الشيء على الحقيقة حتى يدل
الدليل على المجاز. أما الجمهور فإنهم يحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث
أنس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعب
الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وما ثبت عنه أيضا أنه قال كان
أصحاب رسول الله يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم. وأهل الظاهر
يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله خرج إلى مكة عام
الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر فأفطر الناس وكانوا

يأخذون

يأخذون بالأحدث فالأحدث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا
يدل على نسخ الصوم. قال أبو عمر والحجة على أهل الظاهر إجماعهم أن المريض
إن صام أجزأه صومه.

وأما المسألة الثانية وهي هل الصوم أفضل
أو الفطر إذا قلنا إنه من أهل الفطر على مذهب الجمهور فإنهم اختلفوا في
ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى أن الصوم أفضل وممن قال بهذا القول
مالك وأبو حنيفة وبعضهم رأى أن الفطر أفضل وممن قال بهذا القول أحمد و
جماعة وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وأنه ليس أحدهما أفضل. والسبب
في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لبعض الآثار ومعارضة
المنقول بعضه ببعض وذلك أن المعنى المعقول من إجازة الفطر للصائم
إنما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالأفضل
ترك الرخصة ويشهد لهذا التأويل حديث حمزة بن عمرو الأسلمي خرجه مسلم
أنه قال يا رسول الله أجد بي قوة على الصيام في السفر فهل علي من جناح
فقال رسول الله هي رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم
فلا جناح عليه. وأما ما ورد من قوله عليه السلام ليس من البر أن تصوموا
في السفر ومن أن آخر فعله كان الفطر فيوهم أن الفطر أفضل لكن الفطر
لما كان ليس حكما وإنما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يضعوا المباح
أفضل من الحكم. وأما من خير في ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سأل حمزة
بن عمرو الأسلمي رسول الله عن الصيام في السفر فقال إن شئت فصم وإن شئت فـ
أفطر خرجه مسلم.

وأما المسألة الثالثة وهي هل الفطر الجائز للمسافر
هو في سفر محدود أو في غير محدود فإن العلماء اختلفوا فيه فذهب الجمهور
إلى أنه إنما يفطر في السفر الذي تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم
في هذه المسألة وذهب قوم إلى أنه يفطر في كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم
أهل الظاهر. والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن
ظاهر اللفظ أن كل ما ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى فمن كان

منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر. وأما المعنى المعقول من إجازة الفطر
في السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد في كل سفر وجب أن يجوز الفطر في
السفر الذي فيه مشقة ولما كان الصحابة كأنهم مجمعون على الحد في ذلك وجب
أن يقاس ذلك على الحد في تقصير الصلاة. وأما المرض الذي يجوز فيه الفطر فإنهم
اختلفوا فيه أيضا فذهب قوم إلى أنه المرض الذي يلحق من الصوم فيه مشقة
وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم إلى أنه المرض الغالب وبه قال أحمد
وقال قوم إذا انطلق عليه اسم المريض أفطر. وسبب اختلافهم هو بعينه
سبب اختلافهم في حد السفر. **وأما المسألة الرابعة** وهي
متى يفطر المسافر ومتى يمسك فإن قوما قالوا يفطر يومه الذي خرج فيه
مسافرا وبه قال الشعبي والحسن وأحمد وقالت طائفة لا يفطر يومه
ذلك وبه قال فقهاء الأمصار واستحب جماعة العلماء لمن علم أنه يدخل
المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما وبعضهم في ذلك أكثر تشديدا
من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطرا الكفارة. واختلفوا فيمن دخل
وقد ذهب بعض النهار فذهب مالك والشافعي إلى أنه يتمادى على فطره
وقال أبو حنيفة وأصحابه يكف عن الأكل وكذلك الحائض عنده تطهر
تكف عن الأكل. والسبب في اختلافهم اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه
المسافر وهو معارضة الأثر للنظر وذلك أنه ثبت من حديث ابن عباس
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس معه
وهذا نص في أنه أفطر بعد أن بيت الصوم. وأما الناس فلا شك أنهم
أفطروا بعد تبييت الصوم. وفي هذا المعنى أيضا حديث جابر بن عبد الله
أن رسول الله خرج عام الفتح إلى مكة فصام حتى بلغ كراع الغميم وصام
الناس ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس إليه فشرب فقيل له بعد
ذلك إن بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة. وخرج
أبو داود عن أبي بصرة الغفاري أنه لما جاوز البيوت دعا بالسفرة

فقال

قال جعفر راوي الحديث فقلت ألست ترى البيوت فقال أترغب عن سنة رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال جعفر فأكل. وأما النظر فلما كان المسافر لا
يجوز له إلا أن يبيت الصوم ليلة سفره لم يجز له أن يبطل صومه وقد بيته لقوله
تعالى ولا تبطلوا أعمالكم. وأما اختلافهم في إمساك الداخل في أثناء النهار عن الأكل
أو لا إمساكه فالسبب فيه اختلافهم في تشبيه من يطرأ عليه في يوم شك أمر
فيه ثبت أنه من رمضان فمن شبهه به قال يمسك عن الأكل ومن لم يشبهه به
قال لا يمسك لأن الأول أكل لموضع الجهل وهذا أكل بسبب موجب للأكل والحنفية
تقول إن كلاهما سببان موجبان للأكل أعني الإباحة للأكل. **وأما المسألة
الخامسة** وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم
فيه فإن الجمهور على أنه يجوز ذلك له وروي عن بعضهم وهو عبيدة السلماني
وسويد بن غفلة وأبو مجلز أنه إن سافر فيه صام ولم يجز له الفطر. والسبب
في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وذلك
أنه يحتمل أن يفهم منه أن من شهد بعض الشهر فالواجب عليه أن يصوم كله
ويحتمل أن يفهم منه أن من شهده أو يصوم ذلك البعض الذي شهده وذلك أنه لما
الصوم بأن من شهده كله فهو يصوم كله كأن من شهد بعضه يصوم
بعضه ويؤيد تأويل الجمهور إنشاء رسول الله السفر في رمضان. وأما حكم
المسافر إذا أفطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى فعدة من أيام
أخر ما عدا المريض بالإغماء أو الجنون فإنهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء
الأمصار على وجوبه على المغمى عليه واختلفوا في المجنون فمذهب مالك وجوب
القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه السلام وعن المجنون حتى يفيق والذين
أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الإغماء والجنون مفسدا للصوم
فقوم قالوا إنه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يكون أغمي
عليه بعد الفجر أو قبل الفجر وقوم قالوا إن أغمي عليه بعد مضي أكثر النهار
أجزأه وإن أغمي عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف
لأن الإغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وخاصة الجنون وإذا ارتفع

التكليف لمن وصف ببعض هذه الاحوال وكيف يقال في الصحة انها ترفع التكليف
انما هي مبطلة للصوم لا اكثر يقال في الميت انه قد بطل صومه وعمله ويتعلق با
المسافر والمريض مسايل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعا ام لا ومنها
ماذا عليهما اذا اخرا القضاء بغير عذر الى ان يدخل رمضان اخر ومنها اذا
ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما وليهما او لا يصوم

المسئلة الاولى

فاما هل يجب ان يكون القضاء متتابعا على صفة الاداء ام لا فبعضهم اوجب
ذلك وهو لابن عمر ومنهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك
ايجاب التتابع وسبب اختلافهم تعارض ظاهر اللفظ والقياس وذلك ان
القياس يقتضي ان يكون القضاء على صفة الاداء اصله الصلاة والحج
واما ظاهر قوله تعالى فعدة من ايام اخر فانما يقتضي ايجاب العدد فقط لا ايجاب
التتابع وروي عن عايشة انها قالت نزلت فعدة من ايام اخر متتابعات
فسقطت متتابعات واما اذا اخر القضاء حتى دخل رمضان اخر فقال قوم
يجب عليه بعد صيام رمضان الاخر القضاء والكفارة وبه قال مالك
والشافعي واحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري
وابراهيم النخعي وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على
بعض ام لا فمن لم يجز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن
اجاز القياس في الكفارات قال عليه الكفارة قياسا على من افطر متعمدا
لان كليهما مستهين بحرمة الصوم اما هذا فبترك القضاء زمن القضاء
واما ذلك فبالاكل في يوم لا يجوز له فيه الاكل وانما كان يكون القياس
مستندا لو ثبت ان للقضاء زمنا محدودا بنص الشارع لان ازمنة الاداء
هي المحدودة في الشرع وقد شذ قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل
رمضان اخر انه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص واما اذا مات وعليه
صوم فان قوما قالوا لا يصوم احد عن احد وقال قوم يصوم عنه وليه
والذين لم يوجبوا الصيام قال بعضهم يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي
وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا ان يوصي به وهو قول مالك وقال

ابو حنيفة

ابو حنيفة يصوم فان لم يستطع اطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض
فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم في الصيام المفروض وسبب
اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عايشة
انه قال عليه السلام من مات وعليه صيام صام عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه
من حديث ابن عباس انه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله
ان امي ماتت وعليها صوم شهر افاقضيه عنها فقال لو كان على امك دين
اكنت قاضيه قال نعم قال فدين الله احق بالقضاء فمن راى ان الاصول تعارضه
وذلك انه كما لا يصلي احد عن احد ولا يتوضا احد عن احد كذلك لا يصوم احد
عن احد قال لا صيام على الولي ومن اخذ بالنص في ذلك قال بايجاب الصيام
عليه ومن لم ياخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان
عليه قال يصوم عنه في رمضان واما من اوجب الاطعام فمصيرا الى
قراءة وعلى الذين يطيقونه الاية ومن خير في ذلك فجمعا بين الاية والاثر
فدية صح
فهذه احكام المسافر والمريض من الصنف الذي يجوز له الفطر والصوم واما
باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسئلتين
مشهورتين احداهما الحامل والمرضع اذا افطرتا ماذا عليهما
وهذه المسئلة للعلماء فيها اربعة مذاهب احدها انهما يطعمان ولا
قضاء عليهما وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس والقول الثاني انهما يقضيان
فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال ابو حنيفة واصحابه
وابو عبيد وابو ثور وقال قوم يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي
والقول الرابع ان الحامل تقضي والمرضع تقضي وتطعم وسبب
الحامل
اختلافهم تردد شبههما بين الذي يجهده الصوم وبين المريض فمن شبههما
بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذي يجهده الصوم
قال الاطعام فقط بدليل قراءة من قرا وعلى الذين يطيقونه فدية طعام
مساكين واما من جمع عليهما الامرين فيشبه ان يكون راى فيهما من كل

واحسن شبهها فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية
من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدهم الصيام ويشبه ان يكون شبههما بالمقيم
الصحيح لكن يضعف هذا ان الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل
والمرضع الحق الحامل بالمريض وابقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض
وحكم الذين يجهدهم الصوم او شبهها بالصحيح ومن افرد لهما احد الحكمين
اولى والله اعلم ممن جمع كما ان من افردهما بالقضاء اولى ممن افردهما
بالاطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتامل هذا فانه بين واما
الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الصيام فانهم اجمعوا على ان له ان يفطر
واختلفوا فيما ذا عليهما اذا افطرا فقال قوم عليهما الاطعام وقال
قوم ليس عليهما اطعام وبالاول قال الشافعي وابو حنيفة وبالثاني
قال مالك الا انه استحبه واكثر من راى الاطعام عليهما يقول مد عن
كل يوم وقيل ان حفن حفنات كما كان انس يصنع اجزاه وسبب اختلا
فهم اختلافهم في القراءة التي ذكرنا اعني قراءة وعلى الذين يطيقونه
فمن اوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصحف اذا وردت من طريق
الاحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم
المريض الذي يتمادى به المرض حتى يموت فهذه احكام الصنف من الناس
الذي يجوز له الفطر اعني احكامهم المشهورة التي اكثرها منطوق به
او لها تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له الفطر واما النظر
في احكام الصنف الذي لا يجوز له الفطر اذا افطر فان النظر في ذلك يتوجه
الى ما يفطر بالجماع والى ما يفطر لا بالجماع والى ما يفطر بامر متفق
عليه والى ما يفطر بامر مختلف فيه اعني بشبهة او بغير شبهة وكل واحد
من هذين اما ان يكون على طريق السهو وذلك على طريق العمد او على طريق
الاختيار او على طريق الاكراه اما من افطر بجماع متعمدا في رمضان فان
الجمهور على ان الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث ابي هريرة

شبهها

والعجوز صح

انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله
قال وما اهلكك قال وقعت على امراتي في رمضان قال هل تجد ما تعتق رقبة
قال لا قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم
ستين مسكينا قال لا ثم جلس فاتي النبي عليه السلام بعرق فيه تمر فقال
تصدق بهذا فقال على افقر منا فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه منا فضحك
النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت انيابه ثم قال اذهب فاطعمه اهلك واختلفوا
في هذا في مواضع منها هل الافطار متعمدا بالاكل حكمه حكم الافطار بالجماع في
القضاء والكفارة ام لا ومنها اذا جامع ساهيا ماذا عليه ومنها ماذا على
المراة اذا لم تكن مكرهة ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مرتبة او على التخيير
ومنها كم المقدار الذي يجب ان يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام ومنها هل الكفارة
متكررة بتكرر الجماع ام لا ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسرا هل يلزمه الا
طعام اذا ايسر وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمدا بالجماع الا القضاء فقط
اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن الامر عزمة في هذا الحديث لانه لو
كان عزمة لوجب اذا لم يستطع على الاعتاق او الاطعام ان يصوم ولا بد اذا
كان على ظاهر الحديث وايضا لو كان عزمة لاعلمه انه اذا صح وجب عليه الصيام
ان لو كان مريضا وكذلك شذ قوم فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس
في الحديث ذكر للقضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن افطر ممن يجوز له
الفطر ومن لا يجوز له الصوم على ما تقدم فاما من افطر متعمدا فليس في ايجاب القضاء
عليه نص فيلحق في قضاء المتعمد الخلاف الذي يلحق في قضاء تارك الصلاة عمدا الا
ان الخلاف في هاتين المسالتين شاذ واما الخلاف المشهور ففي المسائل التي
عددناها قبل اما المسالة الاولى وهي هل تجب الكفارة بالافطار
بالاكل والشرب متعمدا فان مالكا واصحابه وابا حنيفة واصحابه والثوري و
جماعة ذهبوا الى ان من افطر متعمدا باكل او شرب ان عليه القضاء والكفارة
المذكورة في هذا الحديث وذهب الشافعي واحمد واهل الظاهر الى ان الكفارة

الصيام صح

على الاختلاف صح

إنما تلزم في الإفطار من الجماع فقط و السبب في اختلافهم اختلافهم في جواز قياس
المفطر بالأكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى أن شبههما فيه واحد وهو
انتهاك الحرمة جعل حكمهما واحدا ومن رأى أنه وإن كانت الكفارة عقابا لانتهاك
الحرمة فإنها أشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك أن العقاب المقصود به
الردع والعقاب الأكبر قد يوضع لما إليه النفس أميل وهو لما يجلب الضرر والجنايات
وإن كانت الجنايات متقاربة في الأكل المقصود من الكف التزاع الناس الشرع
وأن يكون من الأخبار أصوب كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من
قبلكم لعلكم تتقون قال وهذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا إذا كان
من طريق القياس وأما من طريق الشرع فيمن زعم أنه ليس نصا في حكم الجماع
إلى الأكل والشرب وأما ما روي عن مالك أن رجلا أفطر في رمضان في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم فأمره بالكفارة المذكورة فليس حجة لأن قول الراوي فأفطر هو
مجمل والمجمل ليس له عموم فيؤخذ به لكن هذا قول على أن الراوي لو كان يرى أن الكفارة
كانت لموضع الإفطار لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر
الذي أفطر به و**أما** المسألة الثانية وهي إذا جامع ناسيا لصومه
فإن الشافعي وأبا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه
القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة و
سبب اختلافهم في قضاء الناسي معارضة ظاهر الأثر في ذلك للقياس
أما القياس فهو تشبيه ناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبهه بناسي
الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة و**أما** الأثر
المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما خرجه البخاري رحمه الله ومسلم
عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم
فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه وهذا الأثر يشهد
له عموم قوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا
عليه ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت فأفطر ثم

طلعت الشمس بعد الأكل عليه قضاء إلا وقد الآن يعذر المخطئ والمخطئ والناسي
حكمهما واحد فكيف ما قلنا فتأثير النسيان في القضاء بين والله أعلم وقد كان الأولى أن
فلقائل أن الأصل هو أن لا يلزم الناسي قضاء حتى يدل الدليل على ذلك ووجب أن يكون
النسيان لا يوجب القضاء في الصوم إلا بدليل هو هنا يعتري الكلام ولقائل أن الأصل
هو إيجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسي فعند الدليل وحديث أبي هريرة
يرفعه عن الناسي الصحيح إلا أن يقول قائل إن الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من
سائر العبادات إنما رفع عنه الحرج بالنص وهو قياس الصوم على الصلاة
لكن إيجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وإنما القضاء عند الأكثر واجب
بأمر متجدد وأما من أوجب القضاء والكفارة على المجامع ناسيا فضعيف فإن
تأثير النسيان في إسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من نوع العقوبات
وإنما أصارهم إلى القول بها أخذهم بمجمل الصفة المنقولة في الحديث إذ جاء فيه
بيان أنه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من أوجب الكفارة على قاتل الخطأ فقياسا أن
لم يعقد أصله في هذا مع أن النص إنما جاء في المتعمد ومن كان يجب ها هنا
على أهل الظاهر أن لا يخرجوا بالمتفق عليه وهو إيجاب الكفارة على العامد
الذي يدل الدليل على إيجابها على الناسي أو يأخذوا بعموم قوله عليه السلام
رفع عن أمتي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين
لم يلزم أصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الأعرابي حجة ومن قال من أهل
الأصول إن ترك التفسير في اختلاف الأحوال من الشرع بمنزلة العموم في
الأقوال فضعيف فإن الشرع يحكم على الأعلى مفصل وإنما الأحكام في حق
وأما المسألة الثالثة وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار أو على
التخيير وأعني بالترتيب أن لا ينتقل المكلف إلى واحد من الواجبات المخير فيها إلا
بعد العجز عن الذي قبله وبالتخيير أن يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر
فإنهم اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وسائر
الكوفيين هي مرتبة فالعتق أولا فإن لم يجد فالصيام فإن لم يستطع فالإطعام

وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام
اكثر من العتق ومن الصيام وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر
الاحاديث في ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابي المتقدم يوجب
انها على الترتيب اذ سأله عليه السلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر
ما رواه مالك من ان رجلا افطر في رمضان فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يعتق رقبة او يصوم شهرين متتابعين او يطعم ستين مسكينا انها على
التخيير اذ او انما تقتضي في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوي
الصاحب اذ هم اقعد بفهم الاحوال ودلالات الاقوال واما الاقيسة المتعارضة
في ذلك فتشبيهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها اشبه
بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين واخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوي
واما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فانه مخالف لظواهر الآثار وانما ذهب
الى هذا من جهة القياس لانه راى الصيام قد وقع بدله الاطعام في مواضع شتى من
الشرع وانه مناسب له اكثر من غيره بدليل قراءة من قرا وعلى الذين يطيقونه
فدية طعام مساكين ولذلك استحب هو وجماعة من العلماء لمن مات وعليه
صوم ان يكفر بالاطعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح القياس الذي تشهد له الاصول
على الاثر الذي لا تشهد له الاصول واما المسألة الرابعة وهو اختلافهم
في مقدار الاطعام فقال مالك والشافعي واصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين
مد بمد النبي عليه السلام وقال ابو حنيفة واصحابه لا يجزئ اقل من مدين بمد
النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين وسبب اختلافهم معارضة
القياس للاثر اما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الاذى المنصوص عليها
واما الاثر فما روي في بعض طرق حديث الكفارة ان العرق كان فيه خمسة عشر
صاعا لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين
لان الدلالة ضعيفة وانما يدل على ان الاطعام في هذه الكفارة هو هذا القدر
واما المسألة الخامسة وجوب الكفارة على المرأة اذا طاوعته على الجماع

فان ابا حنيفة واصحابه ومالكا واصحابه اوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي
وداود لا كفارة عليها وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك
انه لم يامر المراة عليه السلام في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل
اذ كان كلاهما مكلفا واما المسألة السادسة وهو تكرر الكفارة بتكرر
الافطار فانهم اجمعوا على ان من وطئ في يوم من رمضان ثم كفر ثم وطئ في يوم اخر ان عليه كفارة
اخرى واختلفوا فيمن وطئ في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ في يوم ثان فقال
مالك والشافعي وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال ابو حنيفة واصحابه
عليه كفارة واحدة ما لم يكفر عن الجماع الاول والسبب في اختلافهم تشبيه الكفارات
بالحدود فمن شبهها بالحدود قال كفارة واحدة تجزئ في ذلك عن افعال كثيرة كما
يلزم الزاني جلد واحد وان زنى الف مرة اذا لم يحد لواحد منها ومن لم يشبهها
بالحدود جعل لكل واحد من الايام حكما منفردا بنفسه في هتك الصوم فيه اوجب
في كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما ان الكفارة فيها نوع من العبادة والحدود
زجر محض واما المسألة السابعة وهي هل تجب عليه الكفارة اذا ايسر
وكان معسرا في وقت الوجوب فقال الاوزاعي لا شيء عليه وان كان معسرا
واما الشافعي فتردد في ذلك والسبب في الاختلاف في ذلك انه حكم مسكوت
عنه فيحتمل ان يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه في وقت الاثراء ويحتمل ان
يقال لو كان واجبا عليه لبينه النبي عليه السلام
فصل واما من افطر متعمدا في رمضان مما اجمع على انه مفطر واما من افطر مما هو مختلف فيه
فان بعض من اوجب فيه الفطر اوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم اوجب
فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن بلع
الحصاة ومثل المسافر يفطر اول يوم يخرج عند من يرى انه ليس له ان يفطر
في ذلك اليوم فان مالكا اوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك فقهاء
الامصار وجمهور اصحابه واما من اوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فابو ثور
والاوزاعي وسائر من يرى ان الاستقاء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط والذي
اوجب القضاء والكفارة في الاحتجام من القائلين بان الحجامة تفطر هو عطاء

وسبب هذا الخلاف ان المفطر بشيء فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب احد الشبهين اوجب له ذلك الحكم وهذان الشبهان الموجودان فيه هما اللذان اوجبا فيه الخلاف اعني هل هو مفطر او غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا توجب الكفارة عند الجمهور وانما توجب القضاء فقط نحا ابو حنيفة الى انه من افطر متعمدا للاكل ثم طرا عليه في ذلك اليوم سبب مبيح للفطر انه لا كفارة عليه كالمراة تفطر عمدا ثم تحيض باقي النهار وكالصحيح يفطر عمدا ثم يمرض والحاضر يفطر عمدا ثم يسافر فمن اعتبر الامر في نفسه اعني انه افطر في يوم جاز له الافطار فيه لم يوجب عليه الكفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء لو علم انه يفطر في ذلك اليوم لجاز له الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع اوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعي ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من اكل وهو شاك في الفجر وايجابه القضاء والكفارة على من اكل وهو شاك في الغروب على اختلاف بين اصحابه واتفق الجمهور على انه ليس في الفطر عمدا في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء اعني رمضان الا قتادة فانه اوجب القضاء والكفارة وروي عن ابن القاسم وابن وهب ان عليه يومين قياسا على الحج الفاسد واجمعوا على ان من سنن الصوم تاخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه السلام لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر واخروا السحور وقال تسحروا فان في السحور بركة وقال فصل ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحر وكذلك الجمهور على ان من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخنا لقوله عليه السلام انما الصوم جنة فاذا اصبح احدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه فليقل اني صائم وذهب اهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل وهي القول في الصوم المفروض

قتادة

كتاب الصيام الثاني

وهو القسم الثاني من هذا الكتاب وهو القول في الصيام المندوب اليه والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة

ومعنى الافطار فيه واما الايام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة اقسام ايام مرغب فيها وايام منهي عنها وايام مسكوت عنها ومن هذه ما هو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه اما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء واما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر اما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه صامه وامر بصيامه وقال من كان اصبح صائما فليتم صومه ومن كان اصبح مفطرا فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع او العاشر والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رايت هلال المحرم فاعدد واصبح يوم التاسع صائما قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروي انه حين صام رسول الله يوم عاشوراء وامر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم تعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يات العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم واما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي افطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس في ذلك واختار الشافعي الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعا بين الاثرين وخرج ابو داود ان رسول الله نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة واما الست من شوال فانه ثبت ان رسول الله قال من صام رمضان ثم اتبعه ستا من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك اما مخافة ان يلحق الناس برمضان ما ليس في رمضان واما لانه لم يبلغه الحديث او لم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحري صيام الغرر مع ما جاء فيها من الاثر مخافة ان يظن الجاهل انها واجبة وثبت ان رسول الله كان يصوم من كل شهر ثلاثة ايام غير معينة وانه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما اكثر الصيام اما يكفيك من كل شهر ثلاثة ايام قال فقلت يا رسول الله اني اطيق اكثر من ذلك قال خمسا فقلت يا رسول الله اني اطيق اكثر من ذلك قال سبعا فقلت يا رسول الله اني اطيق اكثر من ذلك قال تسعا فقلت يا رسول الله اني اطيق اكثر من ذلك قال احد عشر فقلت يا رسول الله اني اطيق اكثر من ذلك فقال عليه السلام لا صوم فوق صوم داود شطر الدهر

صيام يوم وإفطار يوم، وخرج أبو داود أنه كان يصوم يوم الاثنين والخميس، وثبت
أنه لم يستتم قط شهرا بالصيام غير رمضان، وأن أكثر صيامه كان في شعبان. وأما
الأيام المنهي عنها فمنها أيضا متفق عليها ومنها مختلف فيها، أما المتفق عليها
فيوم الفطر ويوم الأضحى لثبوت النهي عن صيامهما. وأما المختلف فيها فأيام
التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان
وصيام الدهر. أما أيام التشريق فإن أهل الظاهر لم يجيزوا الصوم فيها، وقوم
أجازوا ذلك فيها، وقوم كرهوه، وبه قال مالك إلا أنه أجاز صيامها لمن وجب
عليه الصوم وهو المتمتع، وهذه الأيام هي الثلاثة التي بعد يوم النحر. والسبب
في اختلافهم تردد قوله عليه السلام فيها إنها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على
الوجوب أو الندب، فمن حمله على الوجوب قال الصوم محرم، ومن حمله على الندب قال
الصوم مكروه. ويشبه أن يكون من حمله على الندب إنما صار إلى ذلك لأن الأصل
هو حمله على الوجوب لأنه رأى أن حمله على الوجوب عارضه حديث أبي سعيد الثابت
بدليل الخطاب، وهو أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يصح صيام يومين
يوم الفطر من رمضان ويوم النحر، فدليل الخطاب يقتضي أن ما عدا هذين اليومين
يصح فيهما الصيام، وإلا كان تخصيصهما عبثا لا فائدة فيه. وأما يوم الجمعة
فإن قوما لم يكرهوا صيامه، ومن هؤلاء مالك وجماعة، وقوم كرهوا صيامه إلا أن
يصام قبله أو بعده. والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك، فمنها حديث
ابن مسعود أن النبي عليه السلام كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر، قال وما رأيته
يفطر يوم الجمعة، وهو حديث صحيح. ومنها حديث جابر أن سائلا سأل جابرا
أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى أن يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا
البيت، خرجه مسلم. ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله لا يصم أحدكم
يوم الجمعة إلا أن يصوم قبله أو يصوم بعده، خرجه مسلم. فمن أخذ بظاهر حديث
ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقا، ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه
مطلقا، ومن أخذ بحديث أبي هريرة جمع بين الحديثين أعني حديث جابر وحديث
أبي هريرة. وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على النهي عن صيام يوم الشك
على أنه من رمضان لظواهر الأحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية

وبالعدد

وبالعدد إلا ما حكيناه عن ابن عمر. واختلفوا في تحري صيامه تطوعا، فمنهم
من كرهه على ظاهر حديث عمار: من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم، ومن أجازه
فلأنه قد روي أنه عليه السلام كان يصوم شعبان كله، ولما قد روي من أنه عليه السلام
قال لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين إلا أن يوافق ذلك صوما كان يصومه
أحدكم فليصمه. وكان الليث بن سعد يقول إنه إن صامه على أنه من رمضان ثم
جاء الثبت أنه من رمضان أجزأه، وهذا بناء على أن النية تقع بعد الفجر
في التحول من نية التطوع إلى نية الفرض. وأما يوم السبت فالسبب
في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روي من أنه عليه السلام قال لا تصوموا
يوم السبت إلا فيما افترض عليكم، خرجه أبو داود، قالوا والحديث منسوخ
نسخه حديث جويرية ابنة الحارث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها يوم الجمعة
وهي صائمة فقال أصمت أمس فقالت لا فقال أتريدين أن تصومي غدا فقالت
لا قال فأفطري. وأما صيام الدهر فإنه ثبت النهي عن ذلك لكن لم ير مالك
بذلك بأسا، وعسى أن النهي في ذلك إنما هو من خوف الضعف والمرض.
وأما صيام النصف الآخر من شعبان فإن قوما كرهوه وقوما أجازوه، فمن كرهه
فلما روي أنه عليه السلام قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان، ومن
أجازه فلما روي عن أم سلمة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام
شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان، ولما روي عن ابن عمر قال كان رسول الله
يقرن شعبان برمضان، وهذه الآثار خرجها الطحاوي. وأما الركن الثاني
وهو النية فلا أعلم أن أحدا لم يشترط النية في صوم التطوع، وإنما اختلفوا
في وقت النية كما تقدم. وأما الركن الثالث وهو الإمساك فهو بعينه الإمساك
الواجب في الصوم المفروض، والاختلاف الذي هنالك لاحق هاهنا.
وأما حكم الإفطار في التطوع فإنهم أجمعوا على أنه ليس على من دخل في صيام
التطوع فقطعه لعذر قضاء. واختلفوا إذا قطعه لغير عذر عامدا، فأوجب
مالك وأبو حنيفة عليه القضاء، وقال الشافعي وجماعة ليس عليه
قضاء. والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك، وذلك أن مالكا روى

ان حفصة وعائشة زوجي النبي عليه الصلاة والسلام اصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدي
لهما طعام فافطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه
وعارض هذا حديث ام هانئ قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة
فجلست عن يسار رسول الله وام هانئ عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء
فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله ام هانئ فشربت منه فقالت يا رسول
الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيئا
قالت لا قال فلا يضرك ان كان تطوعا واحتج الشافعي في هذا المعنى بحديث
عائشة انها قالت دخل علي رسول الله فقلت انا خبأنا لك حيسا فقال
اما اني كنت اريد الصوم ولكن قربيه وحديث عائشة وحفصة غير مسند
ولاختلافهم ايضا في هذه المسألة سبب اخر وهو تردد الصوم التطوع
بين قياسه على صلاة التطوع او حج التطوع وذلك انهم اجمعوا على ان من
دخل في الحج والعمرة متطوعا يخرج منهما ان عليه القضاء واجمعوا على ان
من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم
على الصلاة انه اشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص في هذا المعنى
وهو انه يلزم المفسد له المضي فيه الى اخره واذا افطر في التطوع
ناسيا فالجمهور على ان لا قضاء عليه وقال ابن علية عليه القضاء
قياسا على الحج ولعل مالكا حمل حديث ام هانئ على النسيان وحديث
ام هانئ خرجه ابو داود وكذلك خرج حديث عائشة بقريب من اللفظ
الذي ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه

كتاب الاعتكاف

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الا ما
روي عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة ان لا يوفي بشروطه وهو في رمضان
اكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الاواخر اذ كان ذلك هو اخر اعتكافه
صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص في موضع مخصوص
وفي زمان مخصوص وتروك مخصوصة فاما العمل الذي يخصه ففيه قولان
قيل انه الصلاة وذكر الله تعالى وقراءة القرآن لا غير ذلك من اعمال البر

والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع اعمال البر المختصة بالاخرة وهو
مذهب ابن وهب فعلى هذا القول الاول لا يشهد الجنائز ولا يعود المرضى ولا يدرس
العلم وعلى المذهب الاخر لا وهو مذهب الثوري والاول مذهب الشافعي وابي
حنيفة وسبب اختلافهم ان ذلك شيء مسكوت عنه اعني انه ليس فيه حد في الشرع
فالذين فهموا من الاعتكاف حبس النفس على الافعال المختصة بالمساجد
قالوا لا يجوز له الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب
الاخروية كلها اجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروي عن علي رضي الله عنه انه
قال من اعتكف فلا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنازة وليوص
اهله اذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس عندهم ذكره عبد الرزاق وروي عن
عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للمعتكف ان لا يشهد جنازة ولا يعود
مريضا وهذا ايضا احد ما يوجب الاختلاف في هذا المعنى واما المواضع
التي يكون الاعتكاف فيها فان العلماء اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف
الا في المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبي عليه
السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال اخرون الاعتكاف عام
في كل مسجد وبه قال الشافعي وابو حنيفة والثوري وهو مشهور مذهب
مالك وقال اخرون لا اعتكاف الا في مسجد فيه جمعة وهي رواية عبد الملك
عن مالك واجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد الا ما ذهب اليه
ابو حنيفة ان المرأة انما تعتكف في مسجد بيتها وسبب اختلافهم في اشتراط
المسجد او ترك اشتراطه هو الاحتمال الذي في قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم
عاكفون في المساجد بين ان يكون له دليل خطاب ام لا يكون له فمن قال له دليل
خطاب قال لا اعتكاف الا في مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة
لا دليل له قال لا يعقل هذا الا شيئا اذ كان اهل الدار لكان معنى دليل الخطاب
يوجب ان يحل له اذا كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على ان العكوف
انما اضيف الى المساجد لانها من شرطه واما سبب اختلافهم في تخصيص
بعض المساجد او تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له فمن رجح

العموم قال في كل مسجد على ظاهر الاية ومن انقدح له تخصيص بعض المساجد
من ذلك العموم بقياس اشترط ان يكون مسجدا فيه جمعة لئلا ينقطع عمل
المعتكف بالخروج الى الجمعة او مسجدا يشد اليه المطي مثل مسجد النبي عليه
السلام الذي وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه اذ كانت
غير مساوية له في الحرمة **واما سبب اختلافهم** في اعتكاف المراة فمعارضة
القياس ايضا للاثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب ازواج النبي عليه السلام
استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين ضربن اخبيتهن
فيه فكان هذا الاثر دليلا على جواز اعتكاف المراة في المسجد **واما القياس**
المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لما كانت صلاة
المراة في بيتها افضل منها في المسجد على ما جاء في الخبر وجب ان يكون الاعتكاف
في بيتها افضل قالوا وانما يجوز للمراة ان تعتكف في المسجد مع زوجها فقط على نحو
ما جاء في الاثر من اعتكاف ازواجه عليه السلام معه كما يسافرن معه ولا
تسافر مع غيره وكانه نحو من الجمع بين القياس والاثر **واما زمان الاعتكاف**
فليس لاكثره عندهم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاواخر من رمضان
قيل يجوز الدهر كله اما مطلقا عند من لا يرى الصوم من شروطه واما ما عدا
الايام التي لا يجوز صومها عند من يرى الصيام من شروطه **واما اقله** فانهم
اختلفوا فيه وكذلك اختلفوا في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف لاعتكافه
وفي الوقت الذي يخرج منه **اما اقل زمن الاعتكاف** فعند الشافعي وابي حنيفة
واكثر الفقهاء انه لا حد له **واختلف** عن مالك في ذلك فقيل ثلاثة ايام وقيل
يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه اقله عشرة ايام وعند البغداديين من
اصحابه ان العشرة استحباب واقله يوم وليلة **والسبب في اختلافهم**
معارضة القياس للاثر **اما القياس** فانه من اعتقد ان من شرطه الصوم
قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكاف ليلة فلا اقل من يوم
وليلة اذ انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل **واما الاثر المعارض**
فما خرجه البخاري ان عمر رضي الله عنه نذر ان يعتكف ليلة فامره رسول الله

ان يفي

ان يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر **واما اختلافهم في الوقت الذي**
يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر اياما معدودة او يوما واحدا فان
مالكا والشافعي وابا حنيفة اتفقوا على انه من نذر اعتكاف شهر انه يدخل
المسجد قبل غروب الشمس واما من نذر ان يعتكف يوما فقال الشافعي من اراد
ان يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الشمس وخرج بعد غروبها واما مالك فقوله
في اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر
عندهما سواء وفرق ابو ثور بين نذر الليالي والايام فقال اذا نذر ان يعتكف عشرة
ايام دخل قبل طلوع الشمس واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها **وقال الاوزاعي**
يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح **والسبب في اختلافهم** معارضة الاقيسة بعضها
ومعارضة الاثر لجميعها وذلك انه من راى ان اول الشهر ليلة واعتبر الليالي قال
يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالي قال يدخل قبل الفجر ومن راى ان اسم
اليوم يقع على الليلة والنهار معا اوجب ان نذر يوما ان يدخل قبل غروب الشمس
ومن راى ان اسم اليوم انما ينطلق على النهار اوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن راى ان
اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين ان ينذر اياما او ليالي والحق
ان اسم اليوم في كلام العرب قد يقال على النهار مفردا وقد يقال على النهار والليل
معا لكن يشبه ان تكون دلالته الاولى انما هي على النهار ودلالته على الليل بطريق
اللزوم **واما الاثر المخالف** لهذه الاقيسة كلها فهو ما خرجه البخاري وغيره من
اهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف في كل رمضان
واذا صلى الغداة دخل مكانه الذي كان يعتكف فيه **واما وقت خروجه** فان مالكا
راى ان يخرج المعتكف العشر الاواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة
الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس اجزاه **وقال الشافعي وابو حنيفة**
بل يخرج بعد غروب الشمس **وقال سحنون** وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل
صلاة العيد فسد اعتكافه **وسبب الاختلاف** هل الليلة الباقية هي من حكم
العشر ام لا **واما شروطه** فثلاثة النية والصيام وترك مباشرة النساء
اما النية فلا اعلم فيه اختلافا **واما الصيام** فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك

وابو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بصوم وقال الشافعي الاعتكاف
جائز بغير صوم وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنهما في ذلك
وبقول الشافعي قال علي وابن مسعود والسبب في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله
صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فمن راى ان الصوم المقترن باعتكافه هو شرط
في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف
ومن راى انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصودا له عليه السلام
في الاعتكاف قال ليس من شرطه الصوم ولذلك ايضا سبب اخر وهو اقترانه
مع الصوم في اية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو انه
امره عليه السلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصوم واحتجت المالكية
بما روي عن عبد الرحمن بن اسحق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف
ان لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امراة ولا يباشرها ولا يخرج الا
الى ما لا بد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال
ابو عمر بن عبد البر لم يقل احد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن
ابن اسحق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا
فليس يجري مجرى المسند واما الشرط الثالث وهو المباشرة فانهم اجمعوا
على ان المعتكف اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ما روي عن ابن لبابة في غير
المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسيا واختلفوا ايضا في فساد الا
عتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس فراى مالك انها تفسد الاعتكاف
وقال ابو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا ان ينزل وللشافعي قولان احدهما
مثل قول مالك والثاني مثل قول ابي حنيفة وسبب اختلافهم هل الاسم
المتردد بين الحقيقة والمجاز وهو احد انواع الاسم المشترك له عموم ام لا
فمن ذهب الى ان له عموما قال المباشرة في قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم
عاكفون في المساجد ينطلق على الجماع وعلى ما دونه ومن لم ير له عموما وهو
الاشهر الاكثر قال انه يدل اما على الجماع واما على ما دون الجماع فاذا قلنا
انه يدل على الجماع باجماع بطل ان يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل الا

على الحقيقة

على الحقيقة والمجاز معا ومن اجرى الانزال مجرى الوقاع فلانه في معناه ومن خالف فلانه
لا ينطلق عليه الاسم حقيقة واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لا شيء
عليه وقال قوم عليه كفارة وقال بعضهم مثل كفارة المجامع في رمضان وبه قال الحسن
وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد
اهدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر واصل الخلاف هل يجوز القياس
في الكفارات ام لا والاكثر لا يجوز واختلفوا في مكث الفجر بالاعتكاف فهل من
شرطه التتابع ام لا فقال مالك وابو حنيفة في الاكثر من شرطه وقال الشافعي
ليس من شرطه في الكل والسبب في اختلافهم قياسهم على نذر الصوم المطلق واما
موانع الاعتكاف فانهم اتفقوا على انها ما عدا الافعال التي هي اعمال المعتكف
وانه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد الا لحاجة الانسان او ما في معناها
مما تدعو اليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة انها قالت كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف يدني الي راسه فارجله وهو في المسجد وكان لا يدخل
البيت الا لحاجة الانسان واختلفوا اذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه
فقال الشافعي ينتقض عنده اول خروجه وبعضهم رخص في الساعة وبعضهم في اليوم
واختلفوا هل له ان يدخل بيتا غير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر
مالك والشافعي وابو حنيفة وراى بعضهم ان ذلك يبطل اعتكافه واجاز مالك
له البيع والشراء وان يلي عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك وسبب اختلافهم
انه ليس في ذلك حد منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيه ما لم يتفقوا عليه
بما اتفقوا عليه واختلفوا ايضا هل للمعتكف ان يشترط فعل شيء مما يمنعه
الاعتكاف فينفعه شرطه في الاباحة ام ليس ينفعه في ذلك مثل ان يشترط
شهود جنازة او غير ذلك فاكثر العلماء على ان شرطه لا ينفعه وانه ان فعل
بطل اعتكافه وقال الشافعي ينفعه شرطه والسبب في اختلافهم تشبيههم
الاعتكاف بالحج في ان كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج
فانما صار اليه من راى حديث ضباعة ان رسول الله قال لها اهلي بالحج واشترطي
ان محلي حيث حبستني فكان هذا الاصل مختلف فيه في الحج فالقياس عليه ضعيف
عند الخصم المخالف له واختلفوا اذا اشترط التتابع في النذر او كان التتابع لازما

بمطلق النذر عنده من بروة الله اعلم هي الاشياء التي اذا قطعت الاعتكاف اوجبت
الاستيناف او البناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع المرض الاعتكاف بنى
المعتكف وهو قول مالك وابي حنيفة والشافعي ومنهم من قال يستانف
الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما احسب عندهم ان الحائض تبني
وانما اختلفوا هل تخرج من المسجد ام ليس تخرج وكذلك اختلفوا اذا جن
المعتكف او اغمي عليه هل يبني او ليس يبني بل يستقبل والسبب في اختلافهم
في هذا الباب انه ليس في هذه الاشياء شيء محدود من قبل السمع فيقع
التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا عليه بما اختلفوا فيه او ما اتفقوا
عليه في هذه العبادة او في العبادات التي من شرطها التتابع مثل صوم
الظهار وغيره والجمهور على ان اعتكاف المتطوع اذا قطع لغير عذر انه
يجب عليه فيه القضاء لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان
يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرا من شوال
واما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما احسب والجمهور على ان من
اتى كبيرة انقطع اعتكافه فهذه جملة ما رايناه ثبتته في اصول هذا
الباب وقواعده

كتاب الحج

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة اجناس
الجنس يشتمل على الاشياء التي تجري من هذه العبادة مجرى المقدمات
التي تجب معرفتها في العمل بهذه العبادة والجنس الثاني في الاشياء التي تجري منها
مجرى الاركان وهي الامور المعمولة انفسها والثالث في الاشياء التي تجري
منها مجرى الامور اللاحقة وهي احكام الافعال وذلك ان كل عبادة
توجد مشتملة على هذه الاجناس الثلاثة. الجنس الاول وهذا الجنس يشتمل
على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب فاما وجوبه
فلا خلاف فيه لقوله سبحانه ولله على الناس حج البيت من استطاع
اليه سبيلا واما شروط الوجوب فان الشروط قسمان شروط صحة
وشروط وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروطها
الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا في صحة وقوعه من
الصبي فذهب مالك والشافعي الى جواز ذلك ومنع منه ابو حنيفة
وسبب الخلاف معارضة الاثر في ذلك للاصول وذلك الاثر اجاز ذلك

الاول

ح
الثلاثة

ب
فلا خلاف

اخرجه

اخرجه في حديث ابن عباس المشهور خرجه البخاري ومسلم وفيه ان امراة رفعت اليه
عليه السلام صبيا فقالت الهذا حج قال نعم ولك اجر ومن منع ذلك تمسك بان
الاصل هو ان العبادة لا تصح من غير عاقل ولذلك اختلف اصحاب مالك في صحة
وقوعها من الطفل الرضيع وينبغي ان لا يختلف في صحة وقوعها ممن يصح وقوع
الصلاة منه وهو كما قال عليه السلام من السبع الى العشر واما شروط
الوجوب فيشترك فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام
ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى من استطاع اليه سبيلا
وان كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تتصور بمباشرة وبنيابة فاما
المباشرة فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن
واختلفوا في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وابو حنيفة
واحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال
مالك من استطاع المشي فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب بل يجب عليه
الحج وكذلك ليس الزاد عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الاكتساب
في طريقه ولو بالسؤال والسبب في هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد في
تفسير الاستطاعة لعموم لفظ الاية وذلك انه ورد اثر عنه عليه السلام
انه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل ابو حنيفة والشافعي ذلك
على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشي ولا له قوة على الاكتساب
في طريقه وانما اعتقد الشافعي هذا المذهب لان من مذهبه اذا ورد الكتاب مجملا
فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغي ان يعدل عن ذلك التفسير
واما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فان عند مالك وابي حنيفة
انه لا تلزم النيابة اذا استطيعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعي انها
تلزم فيلزم على مذهبه الذي عنده مال يقدر ان يحج به غيره عنه اذا لم يقدر هو ببدنه
وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من اخ او قريب سقط ذلك عنه وهي المسئلة
التي يعرفونها بالمعضوب الذي لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الميت الذي
ياتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته ان يخرجوا من ماله ما يحج به عنه وسبب الخلاف
في هذا معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضي ان العبادات

لا ينوب فيها احد عن احد وانه لا يصلي احد عن احد بالاتفاق ولا يصوم احد عن احد

واما الاثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امراة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله ان فريضة الله في الحج على عباده ادركت ابي شيخا كبيرا لا يستطيع ان يثبت على الراحلة افاحج عنه فقال نعم وذلك في حجة الوداع فهذا في الحي واما في الميت فحديث ابن عباس ايضا خرجه البخاري قال جاءت امراة من جهينة الى النبي فقالت ان امي نذرت الحج وماتت افاحج عنها قال حجي عنها ارايت لو كان على امك دين اكنت قاضيته قالت نعم قال فدين الله احق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع على الغير تطوعا وانما الخلاف في وقوعه فرضا واختلفوا من هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حيا او ميتا هل من شرطه ان يكون قد حج عن نفسه ام لا فذهب بعضهم الى انه ليس من شرطه وان كان قد ادى الفرض عن نفسه فهو افضل وبه قال مالك وقوم يحج عن الميت لان الحج عندهم عن الحي لا يقع وذهب اخرون الى ان من شرطه ان يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعي وعندهم انه ان حج عن غيره انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة فقال ومن شبرمة فقال اخ لي او قريب لي فقال احججت عن نفسك قال لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى عللت هذا الحديث بانه قد روي موقوفا على ابن عباس واختلفوا من هذا الباب في الرجل يواجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك والشافعي وقالا ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك ابو حنيفة وعمدته انه قربة الى الله عز وجل فلا تجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة في كتابة المصحف وبناء المساجد وهي قربة والاجارة في الحج عندهم على نوعين احدهما الذي يسميه اصحابه على البلاغ وهو الذي يستاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان نقص ما اخذه على البلاغ وفاه ما يبلغه وان فضل عن ذلك شيء رده والاجارة الثانية على سنة الاجارة ان نقص شيء وفاه من عنده وان فضل شيء فله والجمهور على ان العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق واوجبه عليه بعض اهل الظاهر وهذه معرفة على من يجب وقوع الفريضة

ومن تفع

ومن تفع واما متى يجب فانهم اختلفوا هل هو على الفور او على التراخي والقولان متاولان على مالك واصحابه والظاهر عند المتاخرين من اصحابه انه على التراخي والقول الاول انه على الفور قال البغداديون من اصحابه واختلف في ذلك قول ابي حنيفة واصحابه والمختار عندهم انه على الفور وقال الشافعي هو على التوسعة وعمدة من قال على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبي عليه السلام بسنين فلو كان على الفور لما اخر عليه السلام ولو اخره لعذر لبينه ووجه الفريق الثاني انه لما كان مختصا بوقت كان الاصل تاثيم تاركه حتى يذهب الوقت اصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثاني بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرر الوقت وبالجملة فمن شبهه باول وقت من اوقات الحج الطارئ على المكلف المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه باخر وقت الصلاة قال هو على الفور ووجه تشبيهه باخر الوقت انه ينقضي بدخول وقت لا يجوز فعله كما ينقضي وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلي مؤديا ويحتج هؤلاء بالغرر الذي يلحق المكلف بتاخيره الى عام اخر لما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت فيه من عام ويرون انه بخلاف تاخير الصلاة من اول وقتها الى اخره لان الغالب انه لا يموت احد في مقدار هذا الزمان الا نادرا وربما قالوا ان التاخير في الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذي تؤدى فيه الصلاة والتاخير ها هنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو في هذا لا يشبه الامر المطلق في الكفارة وفي الامر المطلق عند من يقول انه على التراخي ليس يوجد التراخي فيه الى دخول وقت لا يصح وقوع المامور فيه كما يوجد التراخي في الحج اذا دخل وقته باخرة المكلف الى قابل فليس الاختلاف في هذه المسئلة من باب اختلافهم في مطلق الامر هل هو على الفور او على التراخي كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المراة ان يكون معها زوج او ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعي ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المراة الى الحج اذا وجدت رفقة مامونة وقال ابو حنيفة واحمد وجماعة وجود ذي المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهي عن سفر المراة الا مع ذي محرم

محرم

وقد روي انه ثبت عنه عليه السلام من حديث ابي سعيد الخدري وابي هريرة وابن عباس
وابن عمر انه قال عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تسافر الا
مع ذي محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن
خصص العموم بهذا الحديث او راى انه من باب تفسير الاستطاعة قال
لا تسافر للحج الا مع ذي محرم فهذا هو القول في وجوب هذا النسك الذي هو الحج وعلى
من يجب ومتى يجب ﴿ ويقرب من هذا الباب القول في حكم النسك
الذي هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وممن قال بذلك الشافعي واحمد وابو ثور وابو
عبيد والثوري والاوزاعي وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة
من التابعين وقال مالك وجماعة هي سنة وقال ابو حنيفة هي تطوع وبه
قال ابو ثور وداود وعمدة من اوجبها احتج بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وبآثار
مروية منها ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال جاء رجل اعرابي حسن الوجه ابيض الثياب
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الاسلام يا رسول الله فقال ان تشهد
ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم شهر رمضان
وتحج وتعتمر وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن قتادة
انه كان يقرؤها كما انزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال
رسول الله بالسنتين حجة وعمرة من قضاهما فقد قضى الفريضة وروي عن
ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبي عليه السلام ﴿ واما حجة
الفريق الاول وهم الذين يرون انها ليست بواجبة فالاحاديث المشهورة
الثابتة الواردة في تعديد فرائض الاسلام من غير ان يذكر فيها العمرة مثل حديث
ابن عمر بني الاسلام على خمس فذكر الحج مفردا ومثل حديث السائل عن الاسلام
فذكر بعضهم فيه وان تحج البيت وقالوا ان الامر بالاتمام ليس يقتضي
الوجوب لانه يقع بعد الشروع اي اذا شرع فيهما ان يتما ولا
يقطعا واحتج هؤلاء ايضا بما رواه الترمذي بسنده من حديث الحجاج
ابن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سال رجل النبي عليه السلام
عن العمرة اواجبة هي قال لا وان تعتمر خير لك قال ابو عمر وليس هو
حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روي عن ابي صالح
الحنفي قال قال رسول الله الحج جهاد والعمرة تطوع وهو حديث منقطع

فسبب

فسبب الاختلاف في هذه المسألة تعارض الآثار في هذا الباب وتردد الامر بالاتمام
بين ان يقتضي الوجوب او لا ﴿ القول في الجنس الثاني وهو تعريف افعال
هذه العبادة في نوع نوع منها وهذه العبادة كما قلنا اصناف حج وعمرة
والحج ثلاثة اصناف افراد وتمتع وقران وهي كلها تشتمل على افعال محدودة
وامكنة محدودة واوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض ولها تروك
تشترط في هذه الافعال ولكل هذه احكام محدودة اما عند الاخلال بها واما
عند الطوارئ عليها المانعة منها فهذا الجنس ينقسم اولا الى القول في
التروك والى القول في الافعال ﴿ واما الجنس الثالث فهو القول في احكام الاخلال
والاحكام والطوارئ والافعال وهذه الافعال منها ما تشترك فيه هذه الاربعة الانواع من
النسك اعني اصناف الحج الثلاثة والعمرة ومنها ما يختص بواحد منها
فلنبدأ من القول بما يشترك فيه ثم نصير الى ما يختص بواحد واحد منها فنقول
ان الحج والعمرة اول افعالهما الفعل الذي يسمى الاحرام والاحرام شروطه الاول
المكان والزمان اما المكان فهو الذي يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول
ان العلماء بالجملة مجمعون على ان المواقيت التي منها يكون الاحرام اما
لاهل المدينة فذو الحليفة واما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن
ولاهل اليمن يلملم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث
ابن عمر وغيره ﴿ واختلفوا في ميقات اهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار
ميقاتهم من ذات عرق وقال الشافعي والثوري ان اهلوا من العقيق كان
احب ﴿ واختلفوا فيمن وقته لهم فقالت طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة
بل رسول الله هو الذي وقت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروي ذلك
من حديث جابر وابن عباس وعائشة وجمهور العلماء على ان من يخطئ هذه
المواقيت وهو يريد الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجع
الى الميقات فاحرم منه سقط عنه الدم منهم الشافعي ومنهم من قال لا يسقط
عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون
ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة
وهذا [illegible] الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دون هذه المواقيت ان ميقاته
من منزله ﴿ واختلفوا هل الافضل احرام الحاج من ميقاته او من منزله

بلغ

اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة
وبه قال الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة وقال مالك واحمد واسحاق
احرامه من المواقيت افضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة وانها السنة
التي سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي افضل وعمدة الطائفة الاخرى
ان الصحابة قد احرموا من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم
قالوا وهم اعرف بالسنة واصول اهل الظاهر تقتضي انه لا يجوز الاحرام الا
من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلفوا فيمن ترك الاحرام من
ميقاته واحرم من ميقات اخر غير ميقاته مثل ان يترك اهل المدينة الاحرام
من ذي الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم وممن قال به مالك
وبعض اصحابه وقال ابو حنيفة ليس عليه شيء وسبب الخلاف هل هو
من النسك الذي يجب في تركه الدم او لا والاختلاف انه من ترك الاحرام ممن مر
بهذه المواقيت ممن اراد الحج او العمرة واما من لم يرد ذلك ومر بها فقال
قوم كل من مر بها يلزمه الاحرام الا من يكثر ترداده مثل الحطابين وشبههم
قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام الا لمريد الحج او العمرة وهذا كله
لمن ليس من اهل مكة واما اهل مكة فانهم يحرمون بالحج واما بالعمرة
فيخرجون الى الحل ولا بد ومتى يحرم بالحج اهل مكة فقيل اذا رأوا الهلال
وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لانواع
هذه العبادة واما ميقات الزمان فهو محدود ايضا في انواع الحج
الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة باتفاق وقال مالك
الثلاثة الاشهر كلها محل للحج وقال الشافعي الشهران وعشر من ذي الحجة
وقال ابو حنيفة تسع فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج
اشهر معلومات فوجب ان ينطلق على جميع ايام ذي الحجة اصله انطلاقه
على جميع ايام شوال وذي القعدة ودليل الغير يرى انقضاء الاحرام
قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء افعاله الواجبة وفائدة الخلاف
تاخير طواف الافاضة الى اخر الشهر وان احرم بالحج قبل الاشهر كرهه
مالك ولكن يصح احرامه وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد
احرامه احرام عمرة فمن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت

ارادة

واما

واما من اعتمد عموم قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله قال من احرم انعقد احرامه
لانه مامور بالاتمام وربما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات
الزمان بميقات العمرة واما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة
في وقت نظيرها تنقلب الى النظير مثل ان يصوم نذرا في ايام رمضان وهذا
الاصل فيه اختلاف في المذهب واما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في
كل اوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لا تصنع في ايام الحج وهو معنى قوله
عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال ابو حنيفة تجوز في
كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق فانها تكره واختلفوا
في تكرارها في السنة الواحدة فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع
عمرتين عنده وثلاثا في السنة الواحدة وقال الشافعي وابو حنيفة لا كراهية
في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد
ذلك ان نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي ان نقول في سنن وحكم
ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالمحرم الى احلاله وهي افعال الحج كلها
ونذكر ثم نقول في احكام الاحلال بالترك والافعال ولنبتدئ بالترك

يستحب

القول فيما يمنع الاحرام من الامور المباحة للاحلال

والاصل في هذا الباب
ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رجلا سأل رسول الله صلى الله
عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله لا تلبسوا القمص
ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا احد لا يجد نعلين
فليلبس خفين وليقطعهما اسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئا
مسه الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض هذه الاحكام الواردة في
هذا الحديث واختلفوا في بعضها فمما اتفقوا عليه انه لا يلبس المحرم
قميصا ولا شيئا مما ذكر في هذا الحديث ولا ما كان في معناه من مخيط وان هذا
مخصوص بالرجال اعني تحريم لبس المخيط وانه لا باس للمرأة بلبس القميص
والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل
هل له لباسها فقال مالك وابو حنيفة لا يجوز له لباس السراويل وان
لبسها افتدى وقال الشافعي والثوري واحمد وابو ثور وداود لا شيء عليه

إذا لم يجد إزارا وعمدة مالك والأكثر حديث ابن عمر المتقدم فقال إنه لو كان في ذلك
رخصة لاستثناها كما استثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم في لبس الخفين
وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر عن ابن عباس قال سمعت
رسول الله يقول السراويل لمن لم يجد الإزار والخف لمن لم يجد النعلين وجمهور
العلماء على إجازة لبس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين وقال أحمد جائز
لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذا بمطلق حديث ابن عباس
وقال عطاء في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد واختلفوا فيمن لبسهما
مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وبه قال أبو ثور
وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي وسنذكر هذا في الأحكام
وأجمع العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران
لقوله عليه السلام في حديث ابن عمر ولا تلبسوا شيئا مسه الزعفران ولا الورس
واختلفوا في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فإنه ليس بطيب وقال أبو
حنيفة والثوري هو طيب وفيه الفدية وحجة أبي حنيفة ما خرجه مالك
عن علي أن النبي عليه السلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر وأجمعوا
أن إحرام المرأة في وجهها وأن لها أن تغطي رأسها وتستر شعرها وأن
لها أن تسدل الثوب على وجهها من فوق رأسها سدلا خفيفا تستتر به
عن نظر الرجال إليها كنحو ما روي عن عائشة أنها قالت كنا مع رسول الله
ونحن محرمون فإذا مر بنا ركب سدلنا الثوب من قبل رؤوسنا وإذا جاوز
الركب رفعناه ولم يأت تغطية وجوههن إلا ما روي عن فاطمة
بنت المنذر أنها قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء ابنة
أبي بكر الصديق واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد إجماعهم على أنه
لا يخمر رأسه فروى مالك عن ابن عمر أن ما فوق الذقن من الرأس لا يخمره المحرم
وإليه ذهب مالك وروي عنه أنه إن فعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى و
قال الشافعي والثوري وأحمد وداود وأبو ثور يخمر المحرم وجهه إلى الحاجبين
وروي من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد
ابن أبي وقاص واختلفوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك لا تلبس

المرأة القفازين فإن افتدت ورخص فيه الثوري وهو مروي عن عائشة والحجة
لمالك ما خرجه أبو داود عن النبي عليه السلام أنه نهى عن النقاب والقفازين
وبعض الرواة يرويه موقوفا عن ابن عمر وصحح بعض رواة الحديث أنه رفعه
إلى النبي عليه السلام وهو مشهور اختلافهم وانقلابهم في اللباس
وأصل الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على
المنطوق به لتردد احتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لا ثبوته وأما
الشيء الثاني من المتروكات فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن
الطيب كله محرم على المحرم بالحج والعمرة في حال إحرامه واختلفوا في جواز
التطيب عند الإحرام قبل أن يحرم لما يبقى من أثره عليه بعد الإحرام فكرهه
قوم وأجازه آخرون وممن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول
عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وممن أجازه أبو حنيفة والشافعي
والثوري وأحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الأثر حديث صفوان
ابن يعلى أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب فقال
يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعدما تضمخ بطيب فأنزل
الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال أين السائل عن العمرة
فالتمس الرجل فأتي به فقال عليه السلام أما الطيب الذي بك فاغسله
عنك ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ثم اصنع في عمرتك ما كنت تصنع في
حجك اختصرت الحديث وفيه غير الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني ما
رواه مالك عن عائشة أنها قالت كنت أطيب رسول الله لإحرامه قبل أن
يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واعتل الفريق الأول بما روي عن عائشة
أنها قالت وقد بلغها إنكار ابن عمر تطييب المحرم قبل إحرامه يرحم الله
أبا عبد الرحمن طيبت رسول الله فطاف على نسائه ثم أصبح محرما قالوا
وإذا طاف على نسائه اغتسل فإنما بقي عليه أثر ريح الطيب لا جرمه نفسه
قالوا ولمكان الإجماع فقد اتفقوا أن كل ما لا يجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم
مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحابه وهو محرم فوجب
أن يكون الطيب كذلك فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم

وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك أنه أجمع المسلمون على أن
وطء النساء على الحاج حرام من حيث يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق
ولا جدال في الحج وأما الممنوع الرابع فهو إلقاء التفث وإزالة الشعث
وقتل القمل ولكن اتفقوا على أنه يجوز له غسل رأسه من الجنابة واختلفوا
في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال
مالك بكراهية ذلك وعمدته أن عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو
محرم إلا من احتلام وعمدة الجمهور ما رواه مالك عن عبد الله بن حنين أن
ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالأبواء فقال عبد الله يغسل المحرم
رأسه وقال المسور لا يغسل المحرم رأسه فأرسلني عبد الله بن عباس
إلى أبي أيوب الأنصاري قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب
فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن حنين أرسلني إليك عبد
الله بن عباس يسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه
وهو محرم قال فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطأطأه حتى بدا لي رأسه
ثم قال لإنسان يصب عليه اصبب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيديه
فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله يفعل وكان عمر يغسل
رأسه وهو محرم ويقول ما يزيد الماء الشعر إلا شعثا ورواه مالك في الموطأ
وحمل مالك حديث أبي أيوب على غسل الجنابة والحجة له إجماعهم على أن
المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر وإلقاء التفث وهو الوسخ
والغاسل رأسه إما أن يفعل هذه كلها أو بعضها واتفقوا على منع
غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وأبو حنيفة إن فعل افتدى وقال
أبو ثور وغيره لا شيء عليه واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك
ويرى أن على من دخله الفدية وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري
وداود لا بأس بذلك وروي عن ابن عباس أنه دخل الحمام وهو محرم من
طرق والأحسن أن يكره ذلك لأن المحرم منهي عن إلقاء التفث وأما
المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك أيضا مجمع عليه لقوله سبحانه
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم

حرم وأجمعوا على أنه لا يجوز له صيده ولا أكل ما صاده هو منه واختلفوا
إذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال فقول إنه يجوز له أكله على الإطلاق
وبه قال أبو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير وقال قوم هو محرم عليه
بإطلاق وهو قول ابن عباس وعلي وابن عمر وبه قال الثوري وقال مالك
ما صاده الحلال من أجل المحرم أو من أجل محرم غيره فهو حلال وما صيد من أجل
محرم فهو حرام على المحرم وسبب اختلافهم تعارض الآثار فأحدها ما
خرجه مالك من حديث أبي قتادة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
إذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحاب له محرمين وهو غير محرم فرأى
حمارا وحشيا فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه فأبوا
عليه فسألهم رمحه فأبوا عليه فأخذه ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه
بعض أصحاب رسول الله وأبى بعضهم فلما أدركوا رسول الله سألوه عن
ذلك فقال إنما هي طعمة أطعمكموها الله والحديث الثاني حديث ابن عباس
خرجه أيضا مالك أنه أهدى إلى رسول الله حمارا وحشيا أو لحم حمار وحشي
بالأبواء أو بودان فرده عليه وقال إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم وجاء أيضا
بمعنى حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائي أن عبد الرحمن التيمي قال كنا
مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فأهدي له طير وهو راقد فأكل بعضنا
واستيقظ طلحة فوافق من أكله وقال أكلناه مع رسول الله وللاختلاف
سبب آخر وهو هل يتعلق النهي عن الأكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد
منهما على الانفراد فمن أخذ بحديث أبي قتادة قال إن النهي إنما يتعلق بالأكل
مع القتل ومن أخذ بحديث طلحة قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على الانفراد
ثم من ذهب في هذه الأحاديث مذهب الترجيح قال إما بحديث أبي قتادة وإما
بحديث ابن عباس ومن جمع بين الأحاديث قال بالقول الثالث وقالوا الجمع
أولى وأكد ذلك بما روي عن جابر عن النبي عليه السلام أنه قال صيد البر حلال لكم
وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم واختلفوا في المحرم يضطر إلى أكل الميتة أو الصيد

في الحرم. فقال مالك وابو حنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطر اكل الميتة
ولحم الخنزير دون الصيد. وقال ابو يوسف يصيد وياكل وعليه الجزاء والاول
احسن للذريعة وقول ابي يوسف اقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد
محرم لعرض من الاعراض وما هو محرم لعينه اغلظ والثاني اقيس لان ما حرم
لعلة اخف مما حرم لعينه. وهذه الخمسة اتفق المسلمون على انها من محظورات
الاحرام. واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي
لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب
وعلي بن ابي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت. وقال ابو حنيفة والثوري لا باس
ان ينكح المحرم وان ينكح. والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار في ذلك
فاحدها ما رواه عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب. والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس
ان رسول الله نكح ميمونة وهو محرم خرجه اهل الصحيح الا انه عارضته
اثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله تزوجها وهو حلال رويت عنها ومن طرق
شتى عن ابي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم. ويمكن
الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهة والثاني على الجواز. فهذه
هي مشهورات ما يحرم على المحرم. واما متى يحل فسنذكره عند ذكرنا
لافعال الحج وذلك ان المعتمر يحل اذا طاف وسعى وحلق. واختلفوا
في الحلاق على ما سياتي بعد. واذ قد قلنا في تروك المحرم فلنقل في افعاله.

القول في انواع هذا النسك. والمحرمون اما محرم بعمرة مفردة
او محرم بحج مفرد او جامع بين الحج والعمرة وهذان ضربان اما متمتع
واما قارن. فينبغي اولا ان نحدد اصناف هذه المناسك الثلاث فنقول
ما يفعل المحرم في كلها وما يخص واحدا واحدا منها ان كان هنالك ما يخص.
وكذلك يفعل فيما بعد الاحرام من افعال الحج. **القول في شرح
انواع هذه المناسك.** فنقول ان الافراد هو ما تعرى عن صفات

التمتع والقران فلنذكر في ايها اولا بالجملة التمتع ثم نردف ذلك بصفة
القران. **القول في التمتع.** فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك
هو الذي يعنى بقوله سبحانه فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي
هو ان يهل الرجل بالعمرة في اشهر الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه
خارجا عن الحرم ثم ياتي حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق في
تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفي
تلك الاشهر من غير ان ينصرف الى بلده الا ما روي عن الحسن انه كان يقول
هو متمتع وان عاد الى بلده حج او لم يحج. فهذا هو التمتع المنصوص
عليه في قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي لانه
كان يقول عمرة في اشهر الحج متعة. وقال طاوس من اعتمر في غير اشهر الحج
ثم اقام حتى الحج وحج من عامه انه متمتع. واتفق العلماء على ان من
لم يكن من حاضري المسجد الحرام فهو متمتع. واختلفوا في المكي هل يقع منه
التمتع ام لا يقع. والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على انه ليس عليه دم
لقوله ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام. واختلفوا فيمن هو من
حاضري المسجد الحرام ممن ليس هو. فقال مالك حاضرو المسجد الحرام
هم اهل مكة. وقال الشافعي بمصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو
اقرب المواقيت. وقال اهل الظاهر من كان من ساكني الحرم. وقال الثوري
هم اهل مكة فقط. وابو حنيفة يقول ان حاضري المسجد الحرام لا يقع منهم
التمتع وكره ذلك مالك. وسبب الاختلاف اختلافهم في قوله ذلك لمن لم يكن اهله
حاضري المسجد الحرام بالاقل او الاكثر. وقال مالك لا ينكر ان اهل مكة
من حاضري المسجد الحرام كما لا ينكر ان من خارج المواقيت ليس منهم.
فهذا هو نوع التمتع المشهور. ومعنى التمتع تمتع بتحلله والنسك
وسقوط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثاني الذي هو الحج. وهنا
نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما احدهما فسخ الحج في عمرة وهو
تحويل النية من الاحرام بالحج الى العمرة. فجمهور العلماء يكرهون ذلك
من الصدر الاول وفقهاء الامصار. وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال

احرموا او هو وكلهم متمتعون الا رسول الله صلى الله عليه وسلم امر اصحابه عام
حج ان يفسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه السلام لو استقبلت من امري ما استدبرت
لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وامر من لم يسق الهدي من اصحابه
ان يفسخ اهلاله في العمرة وبهذا تمسك اهل الظاهر والجمهور راوا ذلك
من باب الخصوص لاصحاب رسول الله واحتجوا بما روي عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن الحارث بن
بلال عن الحارث المزني عن ابيه قال قلت يا رسول الله افسخ لنا خاصة ام
لمن بعدنا فقال بل لنا خاصة وهذا لم يصح عند اهل الظاهر صحة يعارض بها
العمل المتقدم وروي عن عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله انا
انهى عنهما واعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروي عن عثمان
انه قال متعة الحج كانت لنا ليست لكم وقال ابو ذر ما كان لاحد بعدنا
ان يحرم بالحج ثم يفسخه في عمرة وهذا كله مع ظاهر قوله تعالى واتموا الحج والعمرة
لله والظاهرية يقولون الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يقوم دليل من كتاب
او سنة ثابتة على انه خاص فسبب الاختلاف هو فعل الصحابة محمول
على العموم او على الخصوص واما النوع الثالث من التمتع فهو ما كان يذهب
اليه ابن الزبير من ان التمتع الذي ذكره الله هو تمتع المحصر بمرض او عدو
وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو او امر يعذر به حتى تذهب ايام
الحج فياتي البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم يتمتع
بحله الى العام المقبل ثم يحج ويهدي وعلى هذا القول فيكون التمتع
المشهور اجماعا وشروطها وشرائطها فقال مالك اذا تمتع من بلد غير
مكة كان عليه الهدي واختلف العلماء فيمن انشا عمرة في غير اشهر
الحج فليس بمتمتع ثم عملها في اشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك
عمرته في الشهر الذي حل فيه فان كان حل في اشهر الحج فهو متمتع وان كان حل
في غير اشهر الحج فليس بمتمتع وبقريب منه قال ابو حنيفة والشافعي
والثوري الا ان الثوري اشترط ان يوقع طوافه في شوال وبه قال الشافعي
وقال ابو حنيفة ان طاف ثلاثة اشواط في رمضان واربعة في شوال كان
متمتعا وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعا الا ان يكون طاف اربعة اشواطه

حل

في رمضان

في رمضان وثلاثة في شوال لم يكن متمتعا وقال ابو ثور اذا دخل في العمرة
في غير اشهر الحج فسواء طاف لها في اشهر الحج او في غيرها لا يكون متمتعا
وسبب الاختلاف هل يكون متمتعا بايقاع احرام العمرة في اشهر الحج
فقط او بايقاع الطواف فابو ثور يقول لا يكون متمتعا الا بايقاع الاحرام
في اشهر الحج لان بالاحرام تنعقد العمرة والشافعي يقول الطواف اعظم
اركانها فوجب ان يكون متمتعا والجمهور على ان من اوقع بعضها في اشهر
الحج كمن اوقع كلها فيه فشروط التمتع عند مالك ستة احدها ان يجمع بين
العمرة والحج في سفر واحد والثاني ان يكون ذلك في عام واحد والثالث
ان يفعل شيئا من العمرة في اشهر الحج والرابع ان يقدم العمرة على الحج
والخامس ان ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها والسادس
ان يكون وطنه غير مكة فهذه صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه
والاتفاق واما القران فهو ان يهل بالنسكين معا او يهل بالعمرة في اشهر
الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل ان يحل من العمرة واختلف اصحاب مالك في الوقت
الذي يكون ذلك له فيه فقيل ذلك له ما لم يشرع في الطواف ولو شوطا واحدا
وقيل ما لم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه
وقيل ذلك له ما بقي عليه شيء من عمل العمرة من طواف او سعي ما خلا انهم
اتفقوا انه اذا اهل بالحج ولم يبق عليه من افعال العمرة الا الحلاق فانه
ليس بقارن والقارن الذي يلزمه هدي التمتع هو عند الجمهور من غير حاضري
المسجد الحرام الا ابن الماجشون من اصحاب مالك فان القارن من اهل مكة
عنده عليه الهدي واما الافراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو الا
هلال بالحج فقط وقد اختلف العلماء اي افضل هل الافراد او القران او
التمتع والسبب في اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
من ذلك وذلك انه روي عنه عليه السلام انه كان مفردا وروي انه
متمتع وروي انه كان قارنا فاختار مالك الافراد واعتمد في ذلك ما رواه

عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام
حجة الوداع فمنا من اهل بعمرة ومنا من اهل بحج وعمرة واهل رسول الله
بالحج ورواه عن عائشة من طرق وقال ابو عمر بن عبد البر وروي الافراد
عن النبي عليه السلام عن جابر بن عبد الله من طرق متواترة صحاح وهو
قول ابي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا النبي عليه السلام
كان متمتعا احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم
عن ابن عمر قال تمتع رسول الله في حجة الوداع بالعمرة الى الحج واهدى
وساق الهدي معه من ذي الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن
عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة في التمتع والافراد واعتمد من
رأى انه عليه السلام كان قارنا احاديث كثيرة منها حديث ابن عباس
عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله يقول وهو بوادي العقيق اتاني
الليلة آت من ربي فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل عمرة في حجة خرجه
البخاري وحديث مروان بن عبد الحكم قال شهدت عثمان وعليا وعثمان
ينهى عن المتعة وان يجمع بينهما فلما رأى ذلك علي اهل بهما لبيك بعمرة
وحجة وقال ما كنت لادع سنة رسول الله لقول احد خرجه البخاري وحديث
انس خرجه البخاري ايضا قال سمعت رسول الله يقول لبيك عمرة وحجا
وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت خرجنا مع رسول
الله عام حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه
هدي فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا واحتجوا فقالوا
ومعلوم انه كان معه صلى الله عليه وسلم هدي ويبعد ان يامر بالقران
من معه هدي ويكون معه الهدي ولا يكون قارنا وحديث مالك ايضا عن نافع
عن ابن عمر عن حفصة عن النبي انه قال اني قلدت هديي ولبدت راسي
فلا احل حتى انحر هديي وقال احمد لا اشك ان رسول الله كان قارنا والتمتع
احب الي واحتج باختيار التمتع بقوله عليه السلام لو استقبلت من امري

ما استدبرت

ما استدبرت ما سقت الهدي ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى
من رأى الافراد افضل ان التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم
واما قولنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب ومتى شروط وجوبه وفي
اي وقت يجب ومن اي مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه
المحرم بما هو محرم ثم قلنا ايضا في انواع هذا النسك فيجب ان نقول في اول
افعال الحاج والمعتمر وهو الاحرام

القول في الاحرام

واتفق
جمهور العلماء على ان الغسل للاحرام سنة وانه من افعال المحرم حتى قال
ابن خويز منداد ان الغسل للاهلال عند مالك اوكد من غسل الجمعة وقال اهل
الظاهر هو واجب وقال ابو حنيفة والثوري يجزئ منه الوضوء وحجة اهل
الظاهر ما خرجه مالك من حديث اسماء بنت عميس انها ولدت محمد بن ابي بكر
بالبيداء فذكر ذلك ابو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مرها
فلتغتسل ثم لتهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل
هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بامر لا مدفع فيه وكان عبد الله
ابن عمر يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية عرفة
ومالك يرى هذه الاغتسال الثلاثة من افعال المحرم واتفقوا على ان الاحرام
لا يكون الا بنية واختلفوا هل تجزئ النية فيه من غير التلبية فقال مالك
والشافعي تجزئ النية فيه من غير التلبية وقال ابو حنيفة التلبية في الحج
كالتكبير في الاحرام بالصلاة الا انه يجزئ عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما
يجزئ عنده في افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل
على التعظيم واتفق العلماء على ان لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم
لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وهي
من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي عليه السلام وهو اصح سند واختلفوا
في هل هي واجبة بهذا اللفظ ام لا فقال اهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ
ولا خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا في الزيادة عليه
او في تبديله فاوجب اهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب
عند الجمهور لما رواه مالك ان رسول الله قال اتاني جبريل فامرني ان آمر اصحابي

ومن معه ان يرفعوا اصواتهم بالتلبية او بالاهلال واجمع اهل العلم
على ان تلبية المراة فيما حكاه ابو عمر ان تسمع نفسها وقال مالك
لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعات بل يكفيه ان يسمع من يليه الا
المسجد الحرام ومسجد منى فانه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور
رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاهلال على شرف من الارض
وقال ابو حازم كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى
تبح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من اركان الحج ويرى على تاركها دما
وكان غيره يراها من اركانه وحجة من راها واجبة ان افعاله صلى الله
عليه وسلم اذا اتت بيانا للواجب انها محمولة على الوجوب حتى يدل
الدليل على غير ذلك لقوله عليه السلام خذوا عني مناسككم وبهذا
يحتج من اوجب لفظه منها فقط واما من لم ير وجوب اللفظة فاعتمد في
ذلك ما روي من حديث جابر قال اهل رسول الله فذكر التلبية التي في
حديث ابن عمر وقال في حديثه قال والناس يزيدون على ذلك لبيك
ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي صلى الله عليه وسلم يسمع فلا يقول لهم شيئا
وما روي عن ابن عمر انه كان يزيد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن انس
وغيره واستحب العلماء ان يكون ابتداء المحرم بالتلبية باثر صلاة
يصليها فكان مالك يستحب ذلك باثر نافلة لما روي من مرسله عن
هشام بن عروة عن ابيه ان رسول الله كان يصلي في مسجد ذي الحليفة
ركعتين فاذا استوت به راحلته اهل واختلف في الاثار في الموضع الذي
احرم منه رسول الله بحجته من اقطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد
ذي الحليفة بعد ان صلى فيه وقال اخرون انما احرم حين اطل على البيداء
وقال قوم انما اهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلا
فهم في ذلك فقال كل حدث عن اول اهلال سمعه وذلك ان الناس ياتون
متتابعين فمن على هذا لا يكون اختلاف ويكون الاهلال اثر الصلاة واجمع
فقهاء الامصار على ان المكي لا يلزمه الاهلال حتى اذا راح الى منى ليتصل

له عمل الحج وعمرته ما رواه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رايتك
تفعل اربعا لم ار احدا يفعلها غيرك منها ورايتك اذا كنت بمكة اهل الناس
اذا راوا الهلال ولم تهل انت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الاهلال
فاني لم ار رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته
يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك ان عمر بن الخطاب كان يامر اهل مكة ان
يهلوا اذا راوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكي لا يهل الا من جوف مكة
اذا كان حاجا واما اذا كان معتمرا فانهم اجمعوا على انه يلزمه ان يخرج
الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج اعني لانه يخرج
الى عرفة وهو حل وبهذه العلة فاتفقوا على انها سنة المعتمر واختلفوا
ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال ابو حنيفة وابن القاسم
وقال اخرون لا يجزيه وهو قول الثوري واشهب ومتى يقطع المحرم التلبية
اختلفوا في ذلك فروي عن علي بن ابي طالب كان يقطع التلبية اذا زاغت
الشمس من يوم عرفة قال مالك وذلك الامر عندنا الذي لم يزل عليه
اهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الائمة ابو بكر وعمر وعثمان
وعلي يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال ابو عمر ابن
عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الا
مصار واهل الحديث ابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد واسحق وداود
وابن ابي ليلى وابو عبيد والطبري والحسن بن حي المحرم لا يقطع التلبية
حتى يرمي جمرة العقبة لما ثبت من ان رسول الله لم يزل يلبي حتى رمى جمرة
العقبة الا انهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها باسرها لما
روي عن ابن عباس انه كان رديف رسول الله وانه لبى حتى رمى جمرة العقبة
وقطع التلبية في اخر حصاة وقال قوم يقطعها في اول جمرة يلقيها
وروي ذلك عن ابن مسعود وفي قطع التلبية اقاويل غير هذه الا ان
هذين القولين هما المشهوران واختلفوا في وقت قطع التلبية اذا
انتهى الى الحرم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي اذا افتتح الطواف

وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمرة والشافعي يرى ان التلبية اجابة
الى الطواف بالبيت فلا تقطع حتى يشرع في العمل وسبب الخلاف
معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون
على ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال
ابو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه
هي افعال المحرم بما هو محرم وهي اول افعال الحج واما الفعل الذي بعد هذا
فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل في الطواف

القول في الطواف

والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب او الندب واعداده

القول في الصفة والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجبا كان
او غير واجب ان يبتدئ من الحجر الاسود فان استطاع ان يقبله قبله ثم
يجعل البيت على يساره ويمضي على يمينه فيطوف سبعة اشواط يرمل
في الثلاثة الاشواط الاول ثم يمشي في الاربعة وذلك في طواف القدوم
على مكة وذلك للحاج والمعتمر دون المتمتع وانه لا رمل على النساء
ويستلم الركن اليماني وهو الذي على خط الركن الاسود لثبوت هذه الصفة
من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الاشواط
للقادم هل هو سنة او فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشا
فعي وابو حنيفة واسحق واحمد وابو ثور واختلف قول مالك في ذلك
واصحابه والفرق بين القولين ان من جعله سنة اوجب في تركه الدم ومن
لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئا واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابي
الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك ان رسول الله حين
طاف بالبيت رمل وان ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قلت ما صدقوا
وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة
ان قريشا زمن الحديبية قالوا ان بمحمد واصحابه هزلا وقعدوا على قعيقعان
ينظرون الى النبي واصحابه فبلغ ذلك النبي فقال لاصحابه ارملوا اروهم
ان بكم قوة فكان رسول الله يرمل من الحجر الاسود الى اليماني فاذا توارى

عنهم

عنهم مشى وحجة الجمهور حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل
الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى اربعا وهو حديث ثابت من رواية مالك
وغيره وقد اختلف عن ابي الطفيل عن ابن عباس فروي عنه ان رسول الله
رمل من الحجر الاسود وذلك يخالف الرواية الاولى وعلى اصول الظاهرية
يجب الرمل لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم او قول بعضهم فيما اظن
الان واجمعوا على انه لا رمل على من احرم بالحج من مكة من غير اهلها وهم
المتمتعون لانهم قد رملوا في حين دخولهم حين طافوا للقدوم واختلفوا
في اهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل ام لا فقال الشافعي كل طواف قبل
عرفة مما يتصل به سعي فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك
وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ما روي عنه مالك
وسبب الاختلاف هل الرمل كان لعلة او لغير علة وهل هو مختص بالمسافر
ام لا وذلك انه كان عليه السلام حين رمل واردا على مكة واتفقوا على ان
من سنة الطواف استلام الركن الاسود واليماني للرجال دون النساء و
اختلفوا هل يستلم الاركان كلها ام لا فذهب الجمهور الى انه انما يستلم الر
كنان فقط لحديث ابن عمر ان رسول الله لم يكن يستلم الا الركنين فقط واحتج من
استلام جميعها بما روي عن جابر قال كنا نؤمر اذا طفنا ان نستلم الاركان
كلها وكان بعض السلف لا يحب ان يستلم الركنين الا في الوتر من الاشواط
وكذلك اجمعوا على ان تقبيل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف ان قدر
فان لم يقدر على الوصول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذي رواه
مالك انه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما انت حجر ولولا
اني رايت رسول الله قبلك ما قبلتك ثم قبله واجمعوا على ان من سنة
الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على انه يأتي بهما الطائف
عند انقضاء كل اسبوع ان طاف اكثر من اسبوع واحد واجاز بعض السلف
ان لا يفرق بين الاسابيع ولا يفصل بينها بركوع ثم يركع لكل اسبوع ركعتين

وهو مروي عن عائشة أنها كانت لا تفرق بين ثلاثة أسابيع ثم تركع ست
ركعات وحجة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت
سبعا وصلى خلف المقام ركعتين وقال خذوا عني مناسككم وحجة من
أجاز الجمع قال المقصود إنما هو ركعتان لكل أسبوع والطواف ليس
له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع بين أكثر من
ركعتين لأكثر من أسبوع وإنما استحب من قرن أن يفرق بين ثلاثة
أسابيع لأن رسول الله انصرف إلى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف
أسابيع غير وتر ثم رجع إليها لم ينصرف عن وتر من طوافه وأما
حد موضعه فإن جمهور العلماء على أن الحجر من البيت وأن من طاف بالبيت
لزمه إدخاله فيه وأنه شرط في صحة طواف الإفاضة وقال أبو حنيفة
وأصحابه هو سنة وحجة الجمهور ما رواه مالك عن عائشة أن رسول الله
قال لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد
إبراهيم فإنهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة
وهو قول ابن عباس وكان يحتج بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق
ثم يقول طاف رسول الله من وراء الحجر وحجة أبي حنيفة ظاهر الآية
وأما وقت جواز الطواف فإنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها
إجازة الطواف بعد الصبح وبعد العصر ومنعه وقت الطلوع والغروب
وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي سعيد الخدري وبه قال مالك وأصحابه
وجماعة والقول الثاني كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند
الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة والثالث
إباحة ذلك في هذه الأوقات كلها وبه قال الشافعي وجماعة وأصول الخلاف في هذه
الأوقات راجعة إلى منع الصلاة وإباحتها أما وقت الطلوع والغروب
فالآثار متفقة في منع الصلاة فيهما والطواف هل يلحق بالصلاة
في ذلك فيه الخلاف ومما احتجت به الشافعية حديث جبير بن مطعم

ان النبي

أن النبي عليه السلام قال يا بني عبد مناف ويا بني عبد المطلب فإن وليتم من هذا
الأمر شيئا فلا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أي ساعة من ليل
أو نهار رواه الشافعي وغيره عن ابن عيينة يسنده إلى جبير بن مطعم
واختلفوا في جواز الطواف بغير طهارة مع إجماعهم على أن من سنته
الطهارة فقال مالك والشافعي لا يجزئ طواف بغير طهارة لا عمدا ولا
سهوا وقال أبو حنيفة يجزئ ويستحب له الإعادة وعليه دم وقال
أبو ثور إذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه إن كان لا يعلم ولا يجزيه
إن كان يعلم والشافعي يشترط طهارة ثوب الطائف كما تشترط للمصلي
وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض
وهي أسماء بنت عميس اصنعي كل ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي
بالبيت وهو حديث صحيح وقد يحتجون أيضا بما روي أنه عليه السلام
قال الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أحل فيه النطق فلا ينطق إلا بخير
وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة إجماع العلماء على جواز السعي بين
الصفا والمروة من غير طهارة وأنه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر
من الحيض شرط فيها الطهر من الحدث أصله الصوم وأما أعداده فإن العلماء
أجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع طواف القدوم على مكة وطواف الإفاضة
بعد رمي الجمرة يوم النحر وطواف الوداع وأجمعوا على أن الواجب منها الذي
يفوت الحج بفواته هو طواف الإفاضة وأنه المعني بقوله تعالى ثم ليقضوا
تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق وأنه لا يجزئ عنه
دم وجمهورهم على أنه لا يجزئ طواف القدوم على مكة من طواف الإفاضة إذا
نسي طواف الإفاضة لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك
إن طواف القدوم يجزئ عن طواف الإفاضة كأنهم رأوا أن الواجب إنما هو طواف
واحد وجمهور العلماء على أن طواف الوداع يجزئ عن طواف الإفاضة

فمن لم يكن طاف طواف الإفاضة لأنه طواف بالبيت معمول في وقت طواف الوجوب
الذي هو طواف الإفاضة بخلاف طواف القدوم الذي هو قبل وقت طواف الإفاضة
وأجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج
إلا لخائف فوات الحج فإنه يجزئ عنه طواف الإفاضة واستحب جماعة من
العلماء لمن عرض له علة أو عذر أن يرمل في الأشواط الثلاثة من طواف الإفاضة على
سنة طواف القدوم من الرمل وأجمعوا على أن المكي ليس عليه إلا طواف الإفاضة
كما أجمعوا أنه ليس على المعتمر إلا طواف القدوم وأجمعوا على أن من تمتع بالعمرة
إلى الحج أن عليه طوافين طوافا للعمرة لحله منها وطوافا للحج يوم النحر على
ما في حديث عائشة المشهور وأما المفرد للحج فليس عليه إلا طواف واحد
كما قلنا يوم النحر واختلفوا في القارن فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو
ثور يجزئ القارن طواف واحد وسعي واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث
عائشة المتقدم وقال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى على القارن
طوافان وسعيان ورووا ذلك عن علي وابن مسعود لأنهما نسكان من
شرط كل واحد منهما إذا انفرد الطواف فوجب أن يكون الأمر كذلك إذا اجتمعا
جميعا القول في وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه وعدده والذي يتلو
هذا الفعل من أفعال الحج إثر طواف القدوم هو السعي وهو الفعل الثالث
للحاج فلنقل فيه. **القول في السعي** والقول في السعي في حكمه وصفته
وفي شروطه وفي ترتيبه أما حكمه فقال مالك والشافعي هو واجب
وإن لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد وإسحاق وقال الكوفيون
هو سنة وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع
ولا شيء على تاركه وعمدة من أوجبه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم كان يسعى ويقول اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي رواه
الحديث الشافعي عن عبد الله بن المؤمل وأيضا فإن الأصل أن أفعاله
في هذه العبادة محمولة على الوجوب إلا ما أخرجه الدليل من سماع أو إجماع

أو قياس عند القائلين بالقياس وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى إن الصفا والمروة
من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما قالوا
معناه أن لا يطوف وهي قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه يبين الله
لكم أن تضلوا معناه أن لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة
الآية على ظاهرها وإنما نزلت في الأنصار تحرجوا أن يسعوا بين الصفا والمروة
على ما كانوا يسعون عليه في الجاهلية لأنه كان موضع ذبائح المشركين
وقد قيل إنهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الأصنام فسألوا
عن ذلك فنزلت هذه الآية وصحح قولها وإنما اختار الجمهور الوجوب لأنه من أفعال
الحج لأنه فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار أعني وصل
السعي بالطواف. **القول في صفته** وأما صفته فإن جمهور العلماء
على أن من سنة السعي بين الصفا والمروة أن يصعد الراقي على الصفا فيستقبل
البيت ثم الوقفة فيمشي على رسله حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى
يقطعه إلى ما يلي المروة فإذا قطع ذلك وجاوزه مشى على رسله حتى يأتي
المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحوا مما قاله من الدعاء
والتكبير على الصفا وإن وقف أسفل المروة أجزأه عند جميعهم ثم ينزل عن
المروة فيمشي على رسله حتى ينتهي إلى بطن المسيل فإذا انتهى إليه رمل
حتى يقطعه إلى الجانب الذي يلي الصفا يفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك
بالصفا ويختم بالمروة فإن بدأ بالمروة قبل الصفا ألغى ذلك الشوط
لقول رسول الله ابدأوا بما بدأ الله به يريد قوله تعالى إن الصفا والمروة
من شعائر الله وقال عطاء إن جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على أنه
ليس في وقت السعي قول محدود وأنه موضع دعاء وثبت من حديث جابر
أن رسول الله كان إذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول لا إله إلا الله وحده
لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات
ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك **وأما شروطه** فإنهم اتفقوا

عكاز ومن شرطه الطهارة من الحيض كالصلاة تسوية لقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث افعلي كما يفعله الحاج غير ان لا تطوفي ولا تسعي بين الصفا
بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيى عن عبد الرحمن دون غيره
الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه
شبهه بالطواف **واما** ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على ان
السعي انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل ان يطوف بالبيت يرجع
فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء في العمرة
او في الحج كان عليه حج قابل والهدي او عمرة اخرى وقال الثوري ان فعل
ذلك فلا شيء عليه وقال ابو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه
ان يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعي وصفته وشروطه
المشهورة **واما** الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم
التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة **و**اتفقوا على ان الامام
يصلي بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء
مقصورة الا انهم اجمعوا ان هذا الفعل ليس شرطا في صحة الحاج
لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى
الى عرفة ووقفوا بها **الوقوف بعرفة** والقول في هذا الفعل
ينحصر في معرفة حكمه وصفته وشرطه **اما** الوقوف بعرفة فانهم
اجمعوا على انه ركن من اركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدي
في قول اكثرهم **و**اما صفته فهو ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل
الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في
اول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس **و**انما اتفقوا على هذا
لان هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم **و**لا خلاف بينهم
ان الامام الحج هو السلطان الاعظم او من يقيمه السلطان الاعظم وانه
يصلي وراءه برا كان السلطان او فاجرا او مبتدعا وان السنة ان ياتي

المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما
قلنا وجمع بين الظهر والعصر **و**اختلفوا في وقت اذان المؤذن بعرفة للظهر
والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضي صدر من خطبته او بعضها
ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعي يؤذن والامام في الخطبة
الثانية وقال ابو حنيفة اذا صعد الامام المنبر امر المؤذن بالاذان فاذن
كالاذان في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام فخطب ثم نزل ويقيم المؤذن
الصلاة وبه قال ابو ثور تشبيها بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك انه
قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر ان النبي
عليه السلام لما زاغت الشمس امر بالقصواء فرحلت له واتى بطن الوادي
فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ولم يصل
بينهما شيئا ثم راح الى الموقف **و**اختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين
باذانين واقامتين او باذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما باذانين
واقامتين وقال الشافعي وابو حنيفة وابو ثور وجماعة يجمع بينهما باذان
واحد واقامتين **و**روي عن الاحنف انه لم يجمع **و**روي عن ابن عمر انه يجمع بينهما
باقامتين **و**الحجة للشافعي حديث جابر الطويل في حجته عليه السلام
وفيه انه صلى الظهر والعصر باذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك
مروي عن ابن مسعود **و**حجته ان الاصل هو ان يفرد كل صلاة باذان واقامة
ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته
جائزة بخلاف الجمعة **و**كذلك اجمعوا ان القراءة في هذه الصلاة سرا
وانها مقصورة اذا كان الامام مسافرا **و**اختلفوا اذا كان الامام
مكيا هل يقصر بمنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة
او كان من احد هذه المواضع فقال مالك والاوزاعي وجماعة سنة هذه
المواضع التقصير سواء كان من اهلها او لم يكن وقال الثوري وابو حنيفة
والشافعي وابو ثور وداود لا يجوز ان يقصر من كان من اهل تلك المواضع

وحجة مالك ومن تابعه انه لم يرو ان الصلاة معه صلى الله عليه وسلم
اعني بعد سلامه منها. وحجة الفريق الثاني البقاء على ان الاصل هو
ان القصر لا يجوز الا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص. واختلف العلماء
في وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لا تجب الجمعة بعرفة ولا بمنى
ايام الحج لا لاهل مكة ولا لغيرهم الا ان يكون الامام من اهل عرفة وقال الشافعي
مثل ذلك الا انه اشترط في وجوب الجمعة ان يكون هنالك من اهل عرفة اربعون
رجلا على مذهبه في اشتراط العدد في الجمعة وقال ابو حنيفة اذا كان امير
الحج ممن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيهما الجمعة اذا صادفها
وقال احمد اذا كان والي مكة يجمع بهم وبه قال ابو ثور. **واما** شرطه
فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك انه لم يختلف العلماء ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها
داعيا الى الله ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وانه لما استيقن
غروبها وبان ذلك له دفع منها الى المزدلفة. ولا خلاف بينهم ان هذا هو
سنة الوقوف بعرفة. واجمعوا على ان من وقف بعرفة قبل الزوال انه لا
يعتد بوقوفه وانه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال او يقف من ليلته تلك
قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج. وروي عن عبد الله بن يعمر الديلي قال
سمعت رسول الله يقول الحج عرفات فمن ادرك عرفة قبل ان يطلع الفجر
فقد ادرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة الا انه مجمع عليه
واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس
فقال مالك عليه حج قابل الا ان يرجع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام
وبعد الغيبوبة اجزاه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو ان يقف
ليلا وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة قبل الزوال فحجه تام وان دفع
قبل الغروب الا انهم اختلفوا في وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة
ابن مضرس وهو حديث مجمع على صحته قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم

يجمع

بجمع فقلت له هل لي من حج فقال من صلى هذه الصلاة ووقف هذا الموقف
حتى يفيض وافاض قبل ذلك من عرفات ليلا او نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه
واجمعوا على ان المراد بقوله في هذا الحديث نهارا انه بعد الزوال [illegible]
الليل احتج بوقوفه بعرفة حين غربت الشمس لكن للجمهور ان يقولوا ان وقوفه
بها بعرفة الى المغيب قد بين حديث عروة بن مضرس انه على جهة الافضل
اذ كان يخير بين ذلك. وروي عن النبي عليه السلام من طرق انه قال عرفة
كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن
محسر ومنى كلها موقف وفجاج مكة منحر ومبيت. واختلف العلماء فيمن
وقف من عرفة ببطن عرنة فقيل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي
لا حج له. وعمدة من ابطل الحج النهي الوارد عن ذلك في الحديث. وعمدة من لم يبطله
ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام عليه الدليل والوارد في
هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل بمثل هذا هو القول
في السنن التي بيوم عرفة. واما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من افعال
الحج فهو النهوض بعد غيبوبة الشمس الى المزدلفة وما يفعل بها. **القول
في افعال المزدلفة** والقول الجملي ايضا في هذا الموضع ينحصر في معرفة
حكمه وصفته ووقته. فاما كون هذا الفعل من اركان الحج فالاصل فيه قوله
سبحانه فاذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه
كما هداكم. واجمعوا على ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين
المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد
الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التي فعل رسول الله صلى
الله عليه وسلم. واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها
من سنن الحج او من فروضه فقال الاوزاعي وجماعة من التابعين هو من فروض
الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والثوري. وفقهاء الامصار يرون انه من
فروضه وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعي

منه

ان جمع بها بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما ج
عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله ليلا ولم يشهدوا معه صلاة
الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله عليه السلام في حديث عروة بن مضرس
وهو حديث متفق على صحته من ادرك معنا هذه الصلاة يعني صلاة الصبح بجمع
وكان قد اتى قبل ذلك عرفات ليلا او نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه وقوله
تعالى فاذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما
هداكم ومن حجة الفريق الثاني ان المسلمين قد اجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما
في هذا الحديث وذلك ان اكثرهم على ان من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع
منها قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات بها ونام عن الصلاة وكذلك
اجمعوا ايضا على انه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وكذلك
اجماعهم ايضا على ان من اخطا جمع بظاهر الاية والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا
الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا ان يبيت الناس بها ويجمعوا بين المغرب
والعشاء في اول وقت العشاء ويغلسوا بالصبح فيها في رمي الجمار
واما الفعل الذي بعد المزدلفة فهو رمي الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على
ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام وهو المزدلفة بعدما
صلى الفجر ثم دفع قبل طلوع الشمس وانه في هذا اليوم وهو يوم النحر
رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس واجمع المسلمون ان من رماها في
ذلك اليوم في ذلك الوقت اعني بعد طلوع الشمس الى زوال الشمس فقد رماها
في وقتها واجمعوا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من
الجمرات غيرها واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر
فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله رخص لاحد ان يرمي قبل طلوع الفجر ولا يجوز
ذلك فان رماها قبل الفجر اعادها وبه قال ابو حنيفة وسفيان واحمد
وقال الشافعي لا باس به وان كان المستحب هو بعد طلوع الشمس وحجة
من منع ذلك فعله عليه السلام مع قوله خذوا عني مناسككم وما روي

عن ابن عباس

154

عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله وقال لا
ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث ام
سلمة خرجه ابو داود وغيره وهو ان عائشة قالت ارسل رسول الله
بام سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ثم مضت فافاضت وكان ذلك
اليوم الذي يكون رسول الله عندها وحديث اسماء انها رمت الجمرة بليل
وقالت انا كنا نصنعه على عهد رسول الله واجمع العلماء ان الوقت المستحب
لرمي جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال وانه ان رماها
قبل غروب الشمس من يوم النحر اجزا عنه ولا شيء عليه الا مالكا فانه قال
استحب له ان يريق دما واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها
من الليل او من الغد فقال مالك عليه دم وقال ابو حنيفة ان رماها من الليل
فلا شيء عليه وان اخرها الى الغد فعليه دم وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
لا شيء عليه ان اخرها الى الليل او الى الغد وحجتهم ان رسول الله رخص
لرعاة الابل في مثل ذلك اعني ان يرموا ليلا وفي حديث ابن عباس ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قيل له السائل يا رسول الله رميت بعدما امسيت
فقال لا حرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمى فيه رسول الله
هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روي عن ابن عباس
واخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك اذا مضى يوم
النحر رموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو اول ايام النفر رخص لهم
رسول الله ان يرموا في ذلك اليوم له وللذي بعده فان نفروا فقد فرغوا
وان اقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الاخير ونفروا ومعنى الرخصة
للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد الا ان مالكا انما يجمع عنده
ما قد وجب مثل ان يجمع في الثالث فيرمي عن الثاني والثالث لانه لا يقضي
عنده الا ما وجب وغيره رخص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء
تقدم في ذلك اليوم الذي اضيف الى غيره او تاخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى جمرة العقبة يوم النحر ثم نحر بدنه ثم حلق
راسه ثم طاف طواف الافاضة واجمع العلماء ان هذا سنة الحج واختلفوا
فيمن قدم من هذه ما اخره النبي عليه السلام او بالعكس فقال مالك من حلق
قبل ان يرمي جمرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعي واحمد وداود
وابو ثور لا شيء عليه وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمرو انه قال
وقف رسول الله للناس بمنى والناس يسالونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله
لم اشعر فحلقت قبل ان انحر فقال عليه السلام انحر ولا حرج ثم جاءه اخر
فقال يا رسول الله لم اشعر فنحرت قبل ان ارمي فقال ارم ولا حرج قال فما سئل
رسول الله عن شيء قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج وروي هذا من طريق
ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك ان رسول الله حكم على من
حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع ان الحلق قبل
فيه حلق الراس قبل رمي الجمار وعند مالك ان من حلق قبل ان ينحر فلا شيء
عليه وكذلك ان ذبح قبل ان يرمي وقال ابو حنيفة ان حلق قبل ان ينحر
او يرمي فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء
للقران ودمان للحلق قبل النحر واجمعوا انه من نحر قبل ان يرمي فلا شيء عليه
لانه منصوص عليه الا ما روي عن ابن عباس انه كان يقول من قدم من حجه شيئا
او اخره فعليه دم وانه من قدم الافاضة قبل الرمي والحلق انه يلزمه اعادة
الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لا اعادة عليه وقال الاوزاعي اذا افاض
للافاضة قبل ان يرمي جمرة العقبة ثم واقع اهله اهراق دما واتفقوا
على ان جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرة العقبة
بسبع وان رمي هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من اسفلها او اعلاها
او من وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادي لما جاء
في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادي ثم قال من ها هنا والذي لا اله غيره
رايت الذي انزلت عليه سورة البقرة يرمي واجمعوا على انه يعيد الرمي

اذا لم تقع

اذا لم تقع الحصاة في العقبة وانه يرمي في كل يوم من ايام التشريق
ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة بسبع وانه يجوز ان يرمي
منها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه
وقدرها عند الجميع مثل حصى الخذف لما روي من حديث جابر وابن
عباس رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام رمى الجمار بمثل حصى الخذف والسنة
عند الجميع ان يرمي في كل يوم من ايام التشريق يرمي الجمرة الاولى فيقف
عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمي الثالثة ولا يقف
لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يفعل ذلك في رميه
والتكبير عند الجميع عند رمي كل جمرة حسن لانه مروي عنه عليه السلام و
اجمعوا ان من سنة رمي الجمار الثلاث في ايام التشريق ان يكون بعد
الزوال واختلفوا اذا رماها قبل الزوال في ايام التشريق فقال جمهور
العلماء من رماها قبل الزوال اعاد رميها بعد الزوال وروي عن ابي جعفر
محمد بن علي انه قال رمي الجمار من طلوع الشمس الى غروبها واجمعوا على ان من
لم يرم الجمار ايام التشريق حتى تغيب الشمس من اخرها انه لا يرميها بعد
واختلفوا في الواجب من الكفارة من الدم او الكفارة فقال مالك ان ترك
رمي الجمار كلها او بعضها او واحدة فعليه دم وقال ابو حنيفة ان تركها
كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعدا كان عليه لكل جمرة اطعام
مسكين نصف صاع حنطة الى ان يبلغ دما بترك الجميع الا جمرة العقبة
فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه في الحصاة الواحدة مد من طعام
وفي حصاتين مدان وفي ثلاث دم وقال الثوري مثله الا انه قال في الرابعة
الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئا
والحجة لهم حديث سعد بن ابي وقاص قال خرجنا مع رسول الله في حجته
فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول بست فلم يعب بعضنا على
بعض وقال اهل الظاهر لا شيء في ذلك والجمهور على ان جمرة العقبة

ليست من أركان الحج وقال بعض المالكية وأصحاب الإمام الأعظم من أركان الحج
فهو من جملة أفعال الحج من حين الإحرام إلى حين التحليل والتحلل
تحللان تحلل أكبر وهو طواف الإفاضة وتحلل أصغر وهو رمي جمرة
العقبة وسنذكر ما في هذا الباب من الاختلاف وقد يلحق القول في حكم
الاختلافات التي تقع في الحج وأعظمها في حكم من شرع في الحج فمنعه منه مرض
أو عدو أو فاته وقت الفعل الذي هو شرط في صحة الحج أو فسد حجه بإتيان
بعض المحظورات المفسدة للحج أو الأفعال التي هي شرط في صحة
أفعال الحج ومن فاته الوقت في قضاء بعض الأفعال منه أو أخل بفعل
من الأفعال التي هو مأمور بها أو أفعال هي مفسدة من جهة ما هو نقص في الشريعة
وهو حكم الجماع وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق
والغاير التفث قبل التحليل وقد يدخل في هذا الباب حكم المتمتع
وحكم القارن على القول بأن وجوب الهدي فيهما هو لمكان الرخصة

القول في الإحصار

فأما الإحصار فالأصل فيه قوله تعالى فإن أحصرتم
فما استيسر من الهدي إلى قوله فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج
فما استيسر من الهدي فنقول اختلفوا في هذه الآية اختلافا كثيرا
والسبب في اختلافهم في حكم المحصر بمرض أو بعدو هو الاختلاف في هذه
الآية هل المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو أو المحصر بالمرض فقال قوم
المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو وقال آخرون بل المحصر هاهنا هو المحصر
بالمرض فأما من قال إن المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله
تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه قالوا فلو كان المحصر هو
المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد الإحصار فائدة واحتجوا أيضا بقوله سبحانه
فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج وهذا فيه كلام ومن قال إن
الآية إنما وردت في المحصر بالمرض فإنه زعم أن المحصر هو من أحصره ولا
يقال أحصر في العدو وإنما يقال حصره العدو وأحصره المرض وقال

ع / ذكر

إلا ذكر المرض بعد الكلام إلى أن المريض لا يمنعه أن يحصر عن حصر غير محصر وقالوا قوله
تعالى فإذا أمنتم معناه من المرض وأما العدو والثلث فقالوا عكس هذا وهو
أن الفعل إنما يقال في الشيء الواحد إنما يقال للمعنيين إذا فعل إذا أوقع
بغيره فعلا من الأفعال وأما أفعل فإذا عرضه لوقوع ذلك الفعل فيقال
قتله إذا فعل به القتل وأقتله إذا عرضه للقتل وإذا كان هذا هكذا ا
فأحصر أحق بالعدو وحصر بالمرض من أن العدو إنما عرض للإحصار والمرض
فاعل الإحصار وقالوا الإطلاق الأمر لا يجاوز الخوف من العدو وإن
قيل في المرض فباستعارة ولا يصار إلى الاستعارة إلا بأمر يوجب الخروج
عن الحقيقة وكذلك الذكر حكم المريض بعد المحصر الظاهر منه أن المحصر
غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني هو مذهب مالك
وأبي حنيفة وقال قوم المحصر هاهنا المحصر من الحج بأي نوع امتنع إما
بمرض أو بعدو أو بخطأ في العدد أو بغير ذلك وجمهور العلماء على أن المحصر عن
الحج ضربان إما محصر بمرض أو بعدو فأما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور
على أنه يحل من عمرته أو حجه حيث أحصر وقال الثوري والحسن بن صالح
لا يتحلل إلا في يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث أحصر اختلفوا في إيجاب
الهدي عليه وفي موضع نحره إذا تحلل وفي وجوب الإعادة فأما المحصر عنه
من حج أو عمرة فذهب مالك إلى أنه لا يجب عليه هدي وأنه إن كان معه هدي
نحره حيث حل وذهب الشافعي إلى إيجاب الهدي عليه وبه قال أشهب
واشترط أبو حنيفة ذبحه في الحرم وقال الشافعي حيث ما حل وأما
الإعادة فإن مالكا يرى أن لا إعادة عليه وقال قوم عليه الإعادة وذهب
أبو حنيفة إلى أنه إن كان أحرم بالحج فعليه حجة وعمرة وإن كان قارنا
فعليه حج وعمرتان وإن كان معتمرا قضى عمرته وليس عليه عند
أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار أبو يوسف تقصيرا وعمدة
مالك في أن لا إعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو وأصحابه
بالحديبية فنحروا الهدي وحلقوا رؤوسهم وحلوا من كل شيء قبل أن يطوفوا

بالبيت وقبل ان يصل اليه الهدي ثم لم يعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر
احدا من اصحابه ولا ممن كان معه ان يقضوا شيئا ولا ان يعودوا لشيء وعمدة من
راى وجوب عليه الاعادة ان رسول الله اعتمر في العام المقبل من عام
الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجمعوا
ايضا على ان المحصر بمرض او ما اشبهه عليه القضاء فسبب الخلاف هل
هو قضاء رسول الله اول او تبرع هل اشبه القضاء بالقضاء امر لا واذا الاكثر
ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بامر ثان غير امر الاداء والاما من
اوجب عليه الهدي فبنى على ان الاية وردت في المحصر بالعدو او انما جاءت
لان العدو فيها انهم وقوا فيها ومن قال انها نزلت في النبي واصحابه عام الحديبية
حين احصروا واحلوا بالعمرة والاحرام الا العدو لم يكن هديا قالوا وانما كان
هديا سيق ابتداء ونحره ولان الاصل هو ان لا هدي عليه الا ان يقوم
الدليل عليه واما اختلافهم في مكان الهدي عند من اوجبه فالاصل فيه
اختلافهم في موضع نحر رسول الله هديه يوم الحديبية فقال ابن اسحق
نحره في الحرم وقال غيره انما نحره في الحل واحتج بقوله تعالى هم الذين
كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدي معكوفا ان يبلغ محله وانما
ذهب ابو حنيفة في الذي احصر عن الحج ان عليه حجا وعمرة لان المحصر
قد فسخ الحج في عمرة ولم يتم واحدا منهما فهذا هو حكم المحصر بعدو عند
الفقهاء واما المحصر بمرض فان مذهب الشافعي واحمد واهل الحجاز
انه لا يحله الا الطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة وانه بالجملة
يتحلل بعمرة لانه اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة وهو مذهب
ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك اهل العراق فقالوا يحل
مكانه وحكمه حكم المحصر بعدو ويبعث ان يرسل بهديه ويقدر يوم نحره
ويحل في ذلك اليوم وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو
الانصاري قال سمعت رسول الله يقول من كسر او عرج فقد حل
وعليه حجة اخرى وباجماعهم على ان المحصر بمرض عليه الهدي وقال ابو ثور

وداوود لا هدي عليه اعتمادا على ظاهر حكم هدي المحصر وعلى ان الاية الواردة
في المحصر هو حصر العدو واجمعوا على ايجاب القضاء عليه ومن فاته
الحج بخطا من العدد في الايام او بخفاء الهلال عليه او بغير ذلك من الاعذار فحكمه
حكم المحصر بمرض عند مالك وقال ابو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل
بعمرة ولا هدي عليه وعليه اعادة الحج والمكي المحصر بمرض عند مالك كغير
المكي يحل بعمرة وعليه الهدي واعادة الحج وقال الزهري لا بد ان يقف بعرفة
وان نعش نعشا واصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان بقي على احرامه الى العام
المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدي عليه فان تحلل بعمرة فعليه هدي
للحصر لانه حلق راسه قبل ان ينحر في حجة القضاء وذلك من تاول قوله سبحانه
فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه خطاب للمحصر وجب عليه ان يعتمر
على ما يعم الاية ان عليه هديا لمكان تحلله بعمرة قبل ان يحج في حجة القضاء
وهدي لتمتعه بالعمرة الى الحج وان حل في اشهر الحج من العام وجب عليه هدي
ثالث وهو هدي التمتع الذي هو احد انواع نسك الحج واما مالك رحمه الله فكان
يتاول لمكان هذا ان المحصر انما عليه هدي واحد وكان يقول ان الهدي الذي
في قوله سبحانه فان احصرتم فما استيسر من الهدي هو بعينه الهدي الذي
في قوله تعالى فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي فهو
بعيد في التاويل والاظهر ان قوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج
انه في غير المحصر بل في المتمتع الحقيقي وكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين
لكن تمتعتم بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي ويدل على هذا قوله
تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام والمحصر يستوي فيه
حاضرو المسجد الحرام وغيرهم باجماع فهذه هي احكام المحصر الذي نص
الله عليه فلنقل في احكام القاتل للصيد فنقول ان المسلمين اجمعوا
على ان قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن
قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم
هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما

آية محكمة، واختلفوا هل يقاس عليها أو هي ما يقاس على معقولها وما لا يقاس
عليه. فمنها أنهم اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته أو مثله
فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل، وذهب أبو حنيفة إلى أنه مخير بين
القيمة أعني قيمة الصيد وبين أن يشتري بها المثل. ومنها أنهم اختلفوا
في استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما قد حكم به السلف والصحابة مثل
حكمهم أن من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيها بها، ومن قتل غزالا فعليه
شاة، ومن قتل بقرة وحشية فعليه إنسية. فقال مالك يستأنف
في كل ما وقع من ذلك الحكم به. وقال أبو حنيفة والشافعي إن اجتزى
بحكم الصحابة فيما حكموا فيه جاز. ومنها هل الآية على التخيير أو على
الترتيب، فقال مالك هي على التخيير، وبه قال أبو حنيفة، وروي عن أبي يوسف
أن النعم عليه الجزاء، وقال زفر هي على الترتيب. واختلفوا هل يقوم
الصيد أو المثل إذا اختار الإطعام أن وجب على القول بالوجوب فيشتري
بقيمته طعاما، فقال مالك يقوم الصيد، وقال الشافعي يقوم المثل.
ولم يختلفوا في تقدير الصيام في الجملة وإن كانوا اختلفوا في التفصيل،
فقال مالك يصوم لكل مد يوما، وهو الذي يطعم عندهم كل مسكين، وبه
قال الشافعي وأهل الحجاز، وقال أهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما، وهو
القدر الذي يطعم كل مسكين عندهم. واختلفوا في قاتل الصيد خطأ هل
عليه جزاء أم لا، فالجمهور على أن عليه الجزاء، وقال أهل الظاهر لا جزاء
عليه. واختلفوا في الجماعة يشتركون في قتل الصيد، فقال مالك إذا قتل
جماعة محرمون صيدا فعلى كل واحد منهم جزاء كامل، وبه قال الثوري وجماعة.
وقال الشافعي عليهم جزاء واحد، وفرق أبو حنيفة بين المحرمين
يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه في الحرم، فقال على كل واحد من المحرمين
جزاء، وعلى المحلين جزاء واحد. واختلفوا هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد،
فذهب مالك إلى أنه لا يجوز، وقال الشافعي يجوز. واختلف أصحاب أبي حنيفة
على القولين جميعا. واختلفوا في موضع الإطعام، فقال مالك في الموضع

الذي أصاب فيه الصيد إن كان ثم طعام، وإلا ففي أقرب المواضع إلى ذلك الموضع.
وقال أبو حنيفة حيث شاء يطعم أجزأه، وقال الشافعي لا يطعم إلا مساكين مكة.
وأجمع العلماء على أن المحرم إذا قتل الصيد أن عليه الجزاء للنص في ذلك،
واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم، فقال جمهور فقهاء الأمصار
عليه الجزاء، وقال داود وأهل الظاهر لا جزاء عليه، ولم يختلف المسلمون
في تحريم قتل الصيد في الحرم، وإنما اختلفوا في الكفارة لقوله
سبحانه أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض. وجمهور فقهاء الأمصار على
أن المحرم إذا قتل الصيد وأكله أن ليس عليه إلا كفارة واحدة، وروي عن
عطاء وطائفة أن فيه كفارتين. فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة
بهذه الآية. وأما الأسباب التي دعتهم إلى هذا الاختلاف فنحن نذكر المشهور
منها، فنقول أما من اشترط في وجوب الجزاء أن يكون القتل عمدا فحجته أنه اشترط ذلك
في الآية، وأيضا فإن العمد هو الموجب للعقاب والكفارة عقاب،
وأما من أوجبه مع النسيان فلا حجة له إلا أن يشبه الجزاء عند إتلاف الصيد
بإتلاف الأموال، فإن الأموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسيانا، لكن يعارض هذا
القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء، فقد أجاب بعضهم عن هذا أن العمد
إنما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه في قوله تعالى ليذوق وبال
أمره، وهذا لا معنى له لأن العقاب المذكور هو الغرامة، فسواء قتله خطأ
أو متعمدا فقد ذاق الوبال. والاختلاف أن القياس يعارضه والكتاب إنما هو
الحجة لمن كان من أصله أن الكفارة لا تثبت إلا بالقياس، فإنه لا دليل لمن أوجبها
على الناسي إلا القياس. وأما اختلافهم في المثل هل هو التشبيه أو المثل في القيمة
فإن سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذي هو مثل في التشبيه وعلى الذي هو

خطأ

مثل في القيمة الرجعة من باب التشبيه اقوى من جهة دلالة اللفظ ان
انها ولعله المثل على التشبيه في لسان العرب اظهر واشهر منه على المثل
في القيمة وان كان حمله هنا المثل على القيمة في الابل من جهة انه اعتقاد ذلك الا
احدها ان المثل هو العدل وهو منصوص عليه في الاطعام والصيام وايضا فان
المثل في الجزاء اقل واخفى من النعم كان ما يشمل جميع الصيد وان من الصيد ما لا
يلفى له شبيه في ايضا فان المثل فيما لا نظير له تشبيها هو التعديل وليس
يوجد للعدول الصحيح في الحقيقة تشبيه الا من جنسه وقد بينا ان المثل الواجب
فيه هو من جنسه من جهة ان يكون مثلا في التعديل في القيمة وايضا فان
الحكم في التشبيه قد فرغ منه واما الحكم في التعديل فهو شيء يختلف باختلاف
الاوقات وهي في كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص عليهما ومن جهة ان
التقدير في الاية يشابه فكانه قال ومن قتله منكم متعمدا فعليه قيمة
ما قتل من النعم او عدل القيمة طعاما او صوما [illegible] واما اختلافهم هل
المعتبر هو الصيد او مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المعتبر هو الصيد
قال لان الطعام [illegible] الى تقديره بالطعام ومن قال ان المعتبر هو
الواجب من النعم قال لان الشيء انما يقدر بقيمته اذا عدم تقديره بمثله
[illegible] تشبيهه واما من قال ان الاية على التخيير فان [illegible] التي هي او ذلك ان
مقتضاها في لسان العرب التخيير واما من ذهب الى ترتيب الكفارات [illegible]
تشبيهها بالكفارات التي فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار
والقتل واما اختلافهم هل يستانف الحكم في الصيد الواحد الذي قد وقع
فيه الحكم من الصحابة والتابعين فاختلافهم في الحكم هل هو شيء معقول
المعنى او هو غير معقول المعنى فمن قال معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فليس
يوجد شيء اشبه به منه مثل النعامة فانها لا يوجد شيء اشبه بها من البدنة
ومن قال انه غير معقول المعنى قال هو عبادة قال يعاد ولا بد فيه قال مالك
واما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء
موجبه هو التعدي فقط او التعدي على جملة الصيد فمن قال التعدي اوجب على كل

واحد

واحد الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التعدي على جملة الصيد قال عليهم
جزاء واحد وهذه المسألة شبيهة بالقصاص في النفس والقطع في السرقة وفي القصاص
في الاعضاء وفي [illegible] ومشابهة موضعها [illegible] والحقيقة بين الموضعين
ويشبه ان [illegible] الموضعين القائلين من جهة التغليظ على [illegible]
كل واحد من الجماعة جزاء [illegible] الى [illegible] على الجزاء
الكامل [illegible] جماعة واذا [illegible] ان الجزاء [illegible]
في الاثم فيشبه ان لا يتبعض [illegible] الصيد بالاشتراك [illegible] ان لا يتبعض
الجزاء واما اختلافهم هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فالسبب فيه معارضة
مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلي في الشرع وذلك انه [illegible] الحكمين
الا [illegible] الحكم [illegible] سواء
كان قاتل الصيد او غير قاتل واما مفهوم المعنى الاصلي في الشرع فهو ان المحكوم
عليه لا يكون حاكما على نفسه واما اختلافهم في الموضع فسببه الاطلاق اعني
انه لم يحد فيه موضعا ثم تشبيهه بالزكاة في انه [illegible] للمساكين [illegible] موضعه
واما من قال ان المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الا
مساكين مكة ومن اعتبر ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء واما اختلافهم
في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه كفارة ام لا فسببه هل يقاس في الكفارات
[illegible] القياس [illegible] القياس [illegible] والشرع [illegible]
فيه [illegible] قتل الصيد في الحرم على [illegible] القياس
في الشرع [illegible] القياس [illegible] الكفارات [illegible]
بينهم في تعلق الاثم به لقوله سبحانه اولم يروا انا جعلنا حرما امنا ويتخطف
الناس من حولهم وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم مكة يوم خلق
السماوات والارض واما اختلافهم فيمن قتله [illegible] هل عليه جزاء واحد
او جزاءان فسببه هل الحكم [illegible] العقل [illegible]
[illegible] ومساو للتعدي الواقع [illegible] انه [illegible] اما كان

النظر في كفارة الجزاء يشتمل على اربعة اركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من
يجب عليه ومعرفة الفعل الذي به يجب ومعرفة محل الوجوب وفروع الكلام في اكثر
هذه الاجناس وفي صور الكلام ان احد هذه الاختلاف في بعض الواجبات والامثال
في بعض الصيدات والثاني ما هو صيد مما ليس بصيد فمن اصول هذا الباب ما روي
عن عمر بن الخطاب انه قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الارنب بعناق
وفي اليربوع بجفرة والجفرة هي دويبة لها اربع قوائم وذنب عشر كما عشر
الشاة وهي من ذوات الكروش والعناق عند اهل العلم من المعز ما قد ولد اوله
مثلها والجفرة والعناق من المعز في السنة ما اكل واستغنى عن الرضاع والعناق
فيل دون الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الارنب واليربوع
لا يقوم بالاطعام او صيام وذلك الحكم فيه او وقد من الحمار والثني في جوده
من الابل والبقر وحجته الاصل قوله تعالى هديا بالغ الكعبة واختلفوا من حمل
على نفسه هو انه لا يجزيه اقل من الجذع من الضان والثني مما سواه وفي صغار
الصيد عنده مثل ما في كباره وقال الشافعي يجزي صغار الصيد بالمثل
من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار وهو مروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود
وحجته ان حقيقة المثل يقتضي النعامة الكبيرة ببدنة وفي الصغيرة فصيل
وابو حنيفة على اصله في القيمة واختلفوا من هذا الباب في حمام مكة وغيره
فقال مالك في حمام مكة شاة وفي حمام الحل حكومة واختلف قول ابن القاسم
في حمام الحرم غير مكة فقال مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال
الشافعي في كل حمامة شاة وفي حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شيء لا مثل
له من الصيد فلا جزاء فيه الا الحمام ففيه شاة والعلة في ذلك الاجماع ما روي
ذلك عن عمر بن الخطاب ولا مخالف له من الصحابة وروي عن عطاء انه قال في كل شيء
من الطير شاة واختلفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال الاكثر
في بيض النعامة عشر من البدنة وابو حنيفة على اصله في القيمة ووافقه
الشافعي في هذه المسالة وبه قال ابو ثور وقال ابو حنيفة ان كان فيها فرخ ميت

فعليه

160

فعليه جزاء النعامة واشتهر به ابو ثور وفي الكراهة ان خرج جنينا ميتا وروي
عن علي انه قضى في بيض النعامة بان يرسل الفحل على الابل فاذا تبين
لقاحها سميت ما اصيبت من البيض وقال هذا هدي وليس عليه ضمان
ما فسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول ما قال علي والا ففي كل
بيضة درهمان قال ابو عبيد وقد روي عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن
النبي عليه السلام في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه ومن وجه ليس بالقوي
وروي عن ابن مسعود ان فيه القيمة قال ابو عمر اسانيده ضعيفة واكثر العلماء
على ان الجراد من صيد البر الذي يجب على المحرم فيه الجزاء واختلفوا في الواجب في ذلك
فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال ابو حنيفة واصحابه
تمرة خير من جرادة وقال الشافعي في الجراد قيمته وبه قال ابو ثور الا انه قال كل
ما تصدق به من حفنة طعام او تمرة فهو له قيمة وروي عن ابن عباس ان
فيها تمرة مثل قول ابي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ و
روي عن ابن عمر ان فيها شيئا وهو ايضا شاذ فهذه مشهورات ما
اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما هو الجزاء فيه واما اختلافهم
فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فانهم
اتفقوا على ان صيد البر محرم على المحرم الا الخمس الفواسق المنصوص عليها
واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق واتفقوا على ان صيد البحر حلال له
واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه والاصل في ذلك قوله تعالى
احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر
ما دمتم حرما وغير ذلك فمشهور مما اتفقوا عليه وهو من التفسير وما
اختلفوا فيه فالاصل فيه ما ثبت من حديث ابن عمر وغيره ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح الغراب
والحداة والعقرب والفارة والكلب العقور واتفق العلماء على القول
بهذا الحديث وجمهورهم على القول باباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس

بصيد وان كان بعضهم اشترط فيه الذكاة او صلاحها واختلفوا هل هذا من
باب الخاص اريد به الخاص او من باب الخاص اريد به العام والذين قالوا
هو من الخاص اريد به العام اختلفوا في اي عام اريد بذلك فقال مالك
الكلب العقور الوارد في الحديث اشارة الى كل سبع عاد وان ما ليس
بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التي لا تعدو
ولا ما كان منها ايضا لا يعدو ولا خلاف بينهم في قتل الحية والافعى والاسود وهو
مروي عن النبي عليه السلام من حديث ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقتل الافعى والكلب الاسود وقال مالك لا ارى قتل
الوزغ والاخبار بقتلها متواترة لكن مطلقا لا في الحرم ولذلك توقف
فيها مالك وقال ابو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب
الانسي والذئب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع
وقال الشافعي كل محرم الاكل فهو في معنى الخمس وحجة الشافعي
انه انما حرم على المحرم ما احل له وان المباح الاكل لا يجوز قتله
باجماع لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم واما ابو حنيفة فلم يعد من السباع
الا الكلب الانسي فقط بل ما في معناه من كل ذئب وحشي واختلفوا
في الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم راى انه اضعف نكاية من
العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها يتضمن انواعا من الفساد
فمن راى انه من باب الخاص اريد به العام الحق بها ما يشبهها
ان كان له شبه ومن لم ير ذلك قصر النهي على المنطوق به وشذت طائفة
فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع فخصصت عموم الاسم الوارد في الحديث
الثابت بما روي عن عائشة عن النبي عليه السلام انه قال خمس يقتلن
في الحرم فذكر فيهن الغراب الابقع وشذ النخعي فمنع المحرم قتل
الفارة واما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فانهم
اتفقوا على ان السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدا السمك

بلغ

قصر

وذلك

وذلك بناء منهم على ان ما كان منه يحتاج الى ذكاة او كان حلالا وعلى ان ميتته
حلال ام ليس بحلال وذلك انهم اتفقوا على ان ما كان منه يحتاج الى ذكاة
فليس من صيد البحر والتي من البحر ما كان محرما ولا خلاف بينهم في ان كل
ما يقع عليه اسم البحر او حيوان حلال واما اختلفوا فيه ولا فيما كان من الحيوان
يعيش في البر وفي الماء بان الحكم فيه للغالب وقياس قول اكثر العلماء انه
يلحق بالبر وبعضهم يغلب فيه الماء وهو حيث يولد والجمهور على ان طير الماء
محكوم له بحكم حيوان البر وروي عن عطاء انه قال في طير الماء حيث يكون
اغلب عيشه يحكم له بحكمه واختلفوا في بيضة النعام هل فيه جزاء
ام لا وانما فيه الاثم فقط للنص الوارد في الحكم وقال الشافعي
فيه الجزاء في الروضة بقيمته وفيما دونها شاة وقال ابو حنيفة كل ما كان من
غرس الانسي فلا شيء فيه وكل ما كان نابتا بطبعه ففيه قيمته و
سبب الخلاف هل يقاس النبات على الحيوان لاجتماعهما في
النهي عنه في الحرم في قوله عليه السلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها
فهذا هو القول في مشهور مسائل هذا الجنس

القول في فدية الاذى

واما فدية الاذى فمجمع ايضا عليها لورود الكتاب بها
والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه
ففدية من صيام او صدقة او نسك واما السنة فحديث كعب بن عجرة
الثابت انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فاذاه القمل في
راسه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحلق راسه وقال صم ثلاثة
ايام او اطعم ستة مساكين مدين مدين لكل انسان او انسك بشاة اي ذلك
فعلت اجزا عنك والكلام في هذه الاية على من تجب الفدية وعلى من لا تجب
فاذا وجبت فما هي الفدية الواجبة ولاي شيء تجب الفدية ولمن تجب
ومتى تجب واين تجب فاما على من تجب الفدية فان العلماء اجمعوا
على انها واجبة على من اماط الاذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا

فيهما

فيمن اذا حلق من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها
وقال الشافعي وابو حنيفة ان حلق من غير ضرورة فانما عليه دم فقط
واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الاذى
ان يكون متعمدا او الناسي في ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد
في ذلك والناسي واحد وهو قول ابي حنيفة والثوري والليث وقال
الشافعي في احد قوليه واهل الظاهر لا فدية على الناسي فمن
اشترط في وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن اوجبها
على غير المضطر فحجته انه اذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر
اوجب ومن فرق بين العامد والناسي فلتفريق الشرع في ذلك
بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى وليس عليكم جناح فيما
اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ولعموم قوله عليه السلام رفع عن
امتي الخطأ والنسيان واما كم تجب فيه الفدية الاذى فان العلماء اتفقوا
على انها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله
تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك والجمهور على ان الاطعام
لستة مساكين وان النسك اقله شاة وروي عن الحسن وعكرمة
ونافع انهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة
ايام وذلك ان الجمهور صح عندهم حديث كعب بن عجرة الثابت واما من قال
الصيام عشرة ايام فقياسا على صيام المتمتع وتسوية الصيام
مع الاطعام واما ما ورد في الاطعام جزاء الصيد قوله سبحانه او عدل
ذلك صياما واما كم يطعم كل مسكين من المساكين الستة التي ورد
فيها النص فان العلماء اختلفوا في ذلك لاختلافهم الآثار في الاطعام
في الكفارات فقال مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم الاطعام
في ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروي عن الثوري انه
قال من البر نصف صاع ومن التمر والشعير والزبيب صاع وروي

ايضا

162

ابي حنيفة مثله وهذا واصلهم في الكفارات فاما ما تجب فيه الفدية
فاتفقوا على انها تجب على من حلق رأسه لضرورة من مرض او قمل او نحو ذلك
من اسم الاذى ... قال ابن عباس المرض ان يكون برأسه قروح والاذى القمل وقال
عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره والجمهور على ان كل ما منعه
المحرم من لبس الثياب وحلق الراس وقص الاظفار انه اذا استباحه فعليه
الفدية او دم على الاختلاف بينهم في ذلك وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر
ان منع المحرم قص الاظفار اجماع واختلفوا فيمن اخذ بعض اظفاره فقال
الشافعي وابو ثور ان اخذ ظفرا واحدا اطعم مسكينا واحدا وان اخذ ظفرين
اطعم مسكينين وان اخذ ثلاثة فعليه دم وقال ابو حنيفة عليه دم وقال ابو
حنيفة في الكراهة والملاك لا شيء عليه حتى يقص اليدين او يقص
المحرم اظفاره وشاربه ففيه شيء وعنده الفدية في حلق الراس
للعذر الذي ورد فيه النص واجمعوا على منع حلق شعر الراس واختلفوا
في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على ان فيه الفدية وقال داود لا
فدية فيه واختلفوا فيمن نتف من راسه الشعرة والشعرتين او نحو ذلك
فقال مالك ليس في ذلك شيء الا ان يكون اماط به الاذى
فعليه الفدية وقال الحسن في الشعرة مد وفي الشعرتين مدان وفي
الثلاث دم وبه قال الشافعي وابو ثور وقال عبد الملك من اصحاب مالك
فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر فدية وحجة من منع حلق
الشعر انه عبادة تستوي فيه القليل والكثير ومن حجة من رأى الفرق
والزيد ... ان الشرع في حلقه فرق بين القليل والكثير لان القليل ليس
فيه اماطة الاذى واما موضع الفدية فاختلفوا فيه فقال مالك
يفعل ذلك كله حيث شاء ان شاء بمكة وان شاء ببلده وسواء عنده في ذلك
النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذي عليه الكل
ان الهدي لا يكون الا بمكة ... وقال
ابو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لا يجزيان الا بمكة والصوم حيث

قضاء وقال [illegible] وليس [illegible] الكان [illegible] وعمرته واكثر [illegible] الجمل وعليه حيث شاء ومن
ابو حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعي ان [illegible] الاطعام لا يجزئ الا للمساكين
الحرم وسبب الخلاف استعمال القياس في النسك على الهدي بحرم واسم على
الهدي او [illegible] شروط الهدي في الحرم [illegible] المكان المخصوص به والمساكين
الحرم وان [illegible] او الهدي [illegible] الطعام [illegible] كثير [illegible] والفرع
النسك والهدي [illegible] المقصود به [illegible] المساكين [illegible]
والحلال [illegible] الشرع [illegible] فيقتضي [illegible]
وجب ان يكون [illegible] واما الوقت فلا يجوز عند [illegible] الكفارة
[illegible] الاحرام [illegible] الحلاق [illegible] على كفارة
[illegible] الاولى واختلفوا في حكم
الراس هل هو [illegible] الحج او [illegible] والاختلاف [illegible]
[illegible] الحلاق [illegible] التقصير [illegible]
او [illegible] اللهم [illegible] المحلقين قالوا والمقصرين
يا رسول الله قال اللهم [illegible] المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله
واجمع العلماء ان [illegible] الحلق وان [illegible] التقصير واختلفوا
هل [illegible] على الحاج والمعتمر [illegible] الحلاق [illegible]
والمعتمر [illegible] التقصير ويجب على كل من [illegible] الحج او [illegible]
[illegible]
ابو حنيفة [illegible] الحلاق والتقصير [illegible]
الحلاق والتقصير [illegible]
[illegible] القول في كفارة التمتع واما كفارة التمتع
التي نص الله عليها في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج [illegible]
من الهدي [illegible] الاختلاف [illegible] المتمتع [illegible]
[illegible] الخلاف [illegible] الكفارة [illegible]
[illegible] واما الواجب [illegible]

ولمن تجب ومتى تجب فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق [illegible]
[illegible] المتمتع [illegible] واما الواجب [illegible] الجمهور والعلماء
[illegible] العمرة [illegible] الهدي [illegible]
على الشاة لقوله تعالى [illegible] جزاء الصيد [illegible] الكعبة [illegible]
[illegible] جزاء الصيد [illegible]
[illegible] وان [illegible] قوله سبحانه [illegible] والهدي ان
[illegible] واجمعوا [illegible]
على الترتيب وانه [illegible] الهدي [illegible] الصيام واختلفوا [illegible]
[illegible] الصيام [illegible] من الهدي الى الصيام [illegible]
اذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدي في
اثناء الصوم وقال ابو حنيفة ان وجد الهدي في صوم الثلاثة الايام
لزمه وان وجده في صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسألة نظير مسألة
[illegible] في الصلاة [illegible] وسبب الخلاف [illegible]
[illegible] العبادة [illegible] واجمعوا [illegible] ابو حنيفة
بين الثلاثة والسبعة [illegible] الهدي والسبعة [illegible]
[illegible] واجمعوا انه اذا صام الثلاثة الايام في العشر الاول من ذي الحجة
انه [illegible] لقوله سبحانه فصيام ثلاثة ايام في الحج
[illegible] العشر الاول من ايام الحج واختلفوا [illegible] الايام عمل
العمرة قبل ان يحرم بالحج او [illegible] ايام منى [illegible]
ايام منى ومنعه ابو حنيفة وقال [illegible] الايام الاول وجب الهدي
[illegible] ومنعه مالك قبل [illegible] الحج واجازه ابو حنيفة وسبب
الخلاف هل ينطلق اسم الحج على [illegible] الايام المختلف فيها ام لا وان انطلق
هل من شرط الكفارة [illegible] الا بعد وقوع موجبها [illegible] الا
بعد وقوع موجبها [illegible] الصوم [illegible] في الحج ومن

فاستعمل على جارة الابدان في الجزء واتفقوا انه اذا اخطأ الصيد الاتباع
جاز عليه اجزاء واختلفوا اذا اخطأ جماعة الكفرة في هلال ذي الحجة الصوم
وقال الشافعي لا يجزيه وسبب الاختلاف الاحتمال الذي في قوله سبحانه
اذا رجع من ارايتم الاولى ان يكون على من رجع من الرجوع وما يقع على الا
الرجوع ويقسم عليه هو الكفارات التي تثبت بالسمع وهي من الصوم
عليه او لا اختلاف او صار انه المع متواتر وكيف ان كانه اصابا وقيل في الكلمة
في الزمان او من قبل حكمه او نسبه انه الكفارة في الحج وجه الله عليه ما عليه

للراجع

فصل

الفقهاء اذا كان قوله او اجماع وعليه هدي الفقهاء اختلفوا في من وان كان
يكون عليه فقد الحج لا المسلم في الكلمة اكثر الجمهور على ان عليه الهدي
الهدي في فصل الداخل عليه مقتضى ابوجوب الهدي وشروطه وفي قول الا
هو واجب ولا قضاء الا ان يكون حج واجب وهما عن الحج الا سبيل عن
الجمهور ودليلهم من سائر العبادات انه يجب فيه المفسد له ولا يعيد و
عليه حج وشروطه الواجب وكسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله
تعالى واتموا الحج والعمرة لله في الجمهور
قياسا
على غيره من العبادات اذا ورد عليه المفسدات واتفقوا على ان
المفسدات التي اصلها من الافعال المحظورة على حكم الاركان التي هي شرط
في صحته على الخلاف فيها وركن من المفسد كلي واما الميقات وكل
وان كان اختلفوا في الوقت الذي اذا وقع فيه الجماع كان
مفسدا للحج فاما الجماع افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه فمن فرض
فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج واتفقوا على ان من وطئ
قبل الوقوف بعرفة فقد افسد حجه وكذلك من وطئ من المعتمرين قبل ان
يطوف ويسعى واختلفوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف وقبل
رمي جمرة العقبة او بعد رمي الجمرة وقبل طواف الافاضة الذي هو الواجب
فقال مالك من وطئ قبل رمي جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدي

والقضاء

والقضاء وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة والثوري عليه الهدي وحجه
تام وهو قول ابن مسعود وقال مالك من وطئ بعد رمي جمرة العقبة وقبل طواف
حجه تام وقول مالك ان الوطء قبل الافاضة لا يفسد الحج فان الجمهور وابن عباس
عنه في ذلك الهدي وخالف في ذلك من وطئ قبل الافاضة فسد حجه وهو قول ابن
عمر وسبب الخلاف ان النبي صلى الله عليه وسلم ... الصلاة وهو التحليل
الاكبر وفي ذلك الاصغر وهل يقتضي ذلك ان الجماع التحلل الاول او الثاني
والاختلاف ينبني ان التحلل الاصغر الذي هو رمي الجمرة يوم النحر انه يحل الحاج
من كل شيء حرم عليه الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور
من مالك انه يحل له كل شيء الا النساء والطيب وقيل عنه الا النساء والطيب
والصيد وان الافاضة هو طواف الاضلال في الحاج والا فالتحلل الاكبر واتفقوا
ان الجماع اذا كان فيه عليه الحج اذا كان في العمرة وسعى بين الصفا
والمروة وان الحج يكون حلالا والاصل في ثبوت الاحرام في الحج الاصل مستندا
وروى عن ابن عباس انه قال في الطواف وقال ابو حنيفة لا يحل الا بعد الحلاق
وان جامع قبله افسد حجه واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج
ويفسد ما انه في الجمهور ... التقاء الختانين يفسد الحج وانما يفسد
بوجوب الكفارة الا الانزال مع المعالجة ... فقال الشافعي الحج واختلفوا
في الانزال بالمعالجة دون الفرج فقال ابو حنيفة لا يفسد الحج الا الانزال في
الفرج وقال الشافعي عليه وهذا الحج يفسد الحج وقال مالك لا الانزال يفسد
يفسد الحج وكذا الاستمتاع من المباشرة والقبلة والا فعليه الشافعي
من استمنى دون الفرج او بغيره واختلفوا في من وطئ مرارا فقال مالك ليس عليه
الا هدي واحد وقال ابو حنيفة ان كرر الوطء في مجلس واحد كان عليه هدي واحد
وان كرره في مجالس كان عليه لكل وطء هدي وقال محمد بن الحسن يجزيه هدي واحد
وان كرر الوطء ما لم يهد للوطء الاول وعن الشافعي الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر
عنه مثل قول مالك واختلفوا في من وطئ ناسيا فسوى مالك في ذلك بين العمد

والنسيان وقال الشافعي في القديم لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة
هدي فقال مالك ان كانت طاوعته فعليها هدي وان اكرهها فعليه هديان وقال
الشافعي ليس عليه الا هدي واحد كقوله في المجامع في رمضان وجمهور العلماء
على انهما اذا حجا من قابل تفرقا اعني الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول
بان لا يفترقان مروي عن بعض الصحابة والتابعين وبه قال ابو حنيفة واختلف
مالك والشافعي من اين يفترقان فقال الشافعي يفترقان من حيث افسدا
الحج وقال مالك يفترقان من حيث احرما الا ان يكونا احرما قبل الميقات فمن
اخذهما بالافتراق فيشبه التغليظ والعقوبة ومن لم ياخذهما بتفريق فعلى الاصل
انه لا يثبت حكم في هذا الباب الا بسماع واختلفوا في الهدي الواجب في الجماع
ما هو فقال مالك وابو حنيفة شاة وقال الشافعي لا تجزئ الا بدنة فان لم
يجد قومت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاما فان لم يجد صام عن كل
مد يوما قال والاطعام والهدي لا يجزيان الا بمكة او بمنى والصوم حيث شاء
وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطء او حلق شعر او احصار فان صاحبه
ان لم يجد الهدي صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام
فيه فمالك اشبه الدم اللازم ههنا بدم المتمتع والشافعي شبهه
بالدم الواجب في الفدية والاطعام عند مالك لا يكون الا في كفارة الصيد
وكفارة ازالة الاذى والشافعي يرى ان الصيام والاطعام قد وقعا بدل
الهدي في موضعين ولم يقع بدله الا في موضع واحد وقياس المسكوت على
المنطوق به في الاطعام اولى فهذا ما يخص الفساد بالجماع واما الفساد
بفوات الوقت وهو ان يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة فان العلماء
اجمعوا ان من هذه صفته لا يخرج من احرامه الا بالطواف بالبيت
والسعي بين الصفا والمروة اعني انه يحل بعمرة وان عليه حج قابل واختلفوا
هل عليه هدي ام لا فقال مالك والشافعي واحمد والثوري وابو ثور عليه
الهدي وعمدتهم اجماعهم على ان من حبسه مرض حتى فاته الحج ان عليه الهدي

ان

وقال

وقال ابو حنيفة ليس عليه الا اعادة لانه في حكم العمرة وليس يقضي الا ما فاته
وجمهور العلماء على ان من فاته الحج انه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام اخر وهذا
هو الاختيار عند مالك الا انه اجاز ذلك ليسقط عنه الهدي والعمل واخرج ان يتحلل
بعمرة واصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في من احرم بالحج فيريد ان ينقله
عمرة من غير عمل فمن اجاز لمن فاته الحج ان يبقى الى عام اخر ومن اجاز الاحرام في غير
ايام الحج اجاز له البقاء محرما فهذا هو القول في الكفارات الواجبة في المفسد في الحج وفي
صفة القضاء في الحج الفائت والفاسد وفي صفة الاحلال من فوات الحج وقلنا قبل
في الكفارات المنصوص عليها وما الحق بها العلماء من الاحكام كفارة المفسد
حجه وبقي ان نذكر الكفارات التي اختلفوا فيها في ترك نسك نسك من مناسك
الحج مما لم ينص عليه **القول في الكفارات المسكوت عنها** فنقول ان الجمهور
اتفقوا على ان النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مستحب فيه والذي
هو سنة يجب على تاركه الدم لانه جبر لنقص في حكم المتمتع والقارن وروي
عن ابن عباس انه قال من ترك من نسكه شيئا فعليه دم واما الذي هو فضل فلا
يرون فيه دما والذين اختلفوا اختلافا كثيرا في ترك نسك نسك هل فيه دم ام لا
وذلك لاختلافهم هل هو سنة او فضل واما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم انه
لا يجبر بالدم وانما يختلفون في الفعل نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض اولا
واما اهل الظاهر فانهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وخاصة
في العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من المتروك مستوكدا ففيه فدية
الاذى وما كان من غيرها فليس فيه شيء واختلفوا في ترك فعل فعل لاختلافهم
هل هو سنة او لا واهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا المنصوص عليه ونحن نذكر
المشهور من اختلاف الفقهاء في ترك نسك نسك اعني في وجوب الدم او لا وجوبه واول
المناسك التي اخرت ونذكر الاربع فعلا فعلا فاول ما اختلفوا فيه من افعال
ذلك من جاوز الميقات فلم يحرم فهل عليه دم فقال قوم لا دم عليه وقال قوم عليه الدم
وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروي عن الثوري وقال قوم ان رجع فليس
عليه دم وان لم يرجع فعليه الدم وهو قول الشافعي وابو يوسف ومحمد ومشهور

قول الثوري وقال ابو حنيفة ان رجع ما لم [illegible] فلا دم عليه وان رجع بعد [illegible]
كان عليه الدم وقال قوم [illegible] بالدم واختلفوا فيمن [illegible]
بالعكس فقال مالك وابو حنيفة يعيد وقال الثوري وغيره لا شيء عليه
[illegible] العمرة [illegible] الاكثرون وروي عن ابن عباس [illegible]
والجمهور على انه [illegible] واختلفوا اذا [illegible]
[illegible] فقال مالك وابو حنيفة [illegible] وقال الشافعي والثوري
واحمد وابو ثور وداود [illegible] عليه [illegible] مع النبي صلى
[illegible] جابر [illegible]
رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] والفعل [illegible]
واختلفوا فيمن [illegible] فقال مالك عليه
العمرة وقال ابو حنيفة لا عمرة عليه والقولان عن الشافعي واختلفوا
في [illegible] المراة [illegible] وهذه الاحكام في باب
الاحرام وقد ذكر اختلفوا فيمن ترك التلبية [illegible] عليه دم [illegible] واتفقوا
ان من [illegible] الطواف او نسي شوطا [illegible] اذا دام بمكة واختلفوا
اذا بلغ الى بلده فقال [illegible] ابو حنيفة [illegible]
ما نقصه [illegible] الدم [illegible] واختلفوا في وجوب الدم فيمن ترك [illegible]
الثلاثة الاشواط [illegible] وقال ابن عباس والشافعي وابو حنيفة
واحمد وابو ثور واختلفوا في [illegible] الاشياء
[illegible] الكل [illegible]
او تقصير [illegible] وجب الدم [illegible] على المتمتع
اذا ترك [illegible] واختلفوا فيمن [illegible] طواف [illegible]
[illegible] عليه دم [illegible] وقال الثوري [illegible]
[illegible] وقال الشافعي وابو حنيفة [illegible]
الوداع [illegible] واختلفوا فيمن ترك [illegible]
[illegible] عليه [illegible] وقال ابو حنيفة

والثوري

والثوري عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عندهم ما لم يجاوز الميقات وعند مالك
[illegible] سنة مؤكدة [illegible] وعند ابي حنيفة [illegible]
[illegible] الطواف [illegible] لم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا
هل من شرطه صحة الطواف [illegible] عليه فقال مالك [illegible]
[illegible] في الصلاة [illegible] كصلاة [illegible]
[illegible] عليه دم وقال الشافعي [illegible] الطواف [illegible]
لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت [illegible]
[illegible] الصحي [illegible] عليه دم [illegible]
[illegible] شيئا [illegible] اختلافهم
وقد تقدم اختلافهم ايضا [illegible] السعي على الطواف [illegible]
[illegible] واختلفوا [illegible]
الغروب فقال الشافعي [illegible] بعد غروب الشمس فلا دم
عليه وان [illegible] حتى طلع الفجر [illegible] عليه الدم وقال ابو حنيفة و
الثوري [illegible] عليه الدم [illegible] واختلفوا فيمن وقف
بعرفة [illegible] فقال الشافعي لا حج له وقال مالك [illegible] عليه دم والسبب
[illegible] عن الوقوف [illegible] وقد ذكرنا
[illegible] الحج الى [illegible] كثيرا [illegible]
[illegible] ذكره في هذا الموضع [illegible]
فالقول في وجوب هذه العبادة [illegible]
[illegible] هذه العبادة [illegible]
[illegible] وما اشتملت عليه [illegible]
[illegible]
في احكام [illegible] في هذه العبادة [illegible]
بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة [illegible]

قول الثوري وقال ابو حنيفة ان رجع ملبيا فلا دم عليه وان رجع غير ملب فعليه دم
كان عليه الدم وقال قوم هي مرخص لا يجب بالدم و اختلفوا فيمن غسل الاسم
بالعكس فقال مالك وابو حنيفة يجزيه وقال الثوري وغيره لا شيء عليه
وروى اما الحيض الجماع الفدية وابن عباس الاشيا وروى عن ابن عباس من طريق ثابت
والجمهور على انه يجزيه من لبس من المخيط ما نهى عن لباسه و اختلفوا اذا لبس القباء
ولم يدخل منكبيه الازار هل يجزيه فقال مالك وابو حنيفة يجزيه وقال الشافعي و الثوري
واحمد وابو ثور وداود لا شيء عليه اذا لم يجد ازارا و عمدة من منع النهي المطلق
وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر بن زيد عن ابن عباس قال سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخفان لمن لم يجد النعلين
واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه
الفدية وقال ابو حنيفة لا فدية عليه و القولان عن الشافعي و اختلفوا
في لبس المرأة القفازين هل فيه فدية وقد ذكرنا كثيرا من هذه الاحكام في باب
الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم ام لا وقد تقدم واتفقوا
ان من نكس الطواف او نسي شوطا من اشواطه فانه يعيده اذا كان بمكة واختلفوا
اذا بلغ الى اهله فقال قوم منهم ابو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعود فيعيد
ما نقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم فيمن ترك الرمل في
الثلاثة الاشواط الاول فلا وجوب فقال ابن عباس والشافعي وابو حنيفة
واحمد وابو ثور و اختلف في ذلك قول مالك واصحابه و الخلاف في هذه الاشياء
كلها مبني على انه هل هو سنة ام لا وقد تقدم القول في ذلك و تقبيل الحجر
او تقبيل يده اذا لم يصل الى الحجر عند كل شوط يوجب الدم قياسا على المتمتع
اذا ترك فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسي ركعتي الطواف حتى رجع الى
بلده هل عليه دم ام لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري يركعهما ما دام
في الحرم وقال الشافعي وابو حنيفة يركعهما حيث شاء و اتفقوا في طواف
الوداع انه ليس بفرض و اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العود هل عليه
دم ام لا فقال مالك ليس عليه شيء الا ان يكون قريبا فيعود وقال ابو حنيفة

والثوري

والثوري عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عنده من لم يبلغ المواقيت ويحتج من
ير السنة فيه سقوطه عن المكي والحائض وعن ابي حنيفة انه اذا لم
يدخل الحجر في الطواف اعاد ما لم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم و اختلفوا
هل من شرطه صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو
من شرطه كالقيام في الصلاة وانه ان طاف راكبا كصلاة القاعد ويعيد عنده ابدا
الا ان رجع الى بلده فان عليه دما وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز
لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكبا من غير مرض ولكنه احب ان
يستفتيه الناس اليه ومن لم ير السعي واجبا فعليه دم اذا انصرف
الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا وقد تقدم اختلافهم
وقد تقدم اختلافهم ايضا فيمن قدم السعي على الطواف هل فيه دم اذا
لم يعد حتى خرج من مكة و اختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل
الغروب فقال الشافعي واحمد ان رجع بعد غروب الشمس فلا دم
عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال ابو حنيفة و
الثوري عليه الدم رجع او لم يرجع وقد تقدم هذا و اختلفوا فيمن وقف
بعرفة من غير نية فقال الشافعي لا حج له وقال مالك لا دم عليه و سبب
الاختلاف هل النهي عن الوقوف من باب العقل او من باب العبادة وقد ذكرنا
في اعمال الحج التي للفقهاء فيها كثير من الاختلاف فيما فيه دم وما ليس فيه دم
اذ كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هنا الاول وقد
قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي
في تبيين المعمولات التي في هذه العبادة وقلنا في اركانها وهي هذه العبادة
ومكانها ومحظوراتها وما اشتمل عليه ايضا من الافعال في مكان مكان
وزمان زمان من زمان مبتدا الحج الى انقضاء زمانها فلنقل
في احكام الخلل الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح
بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا ايضا في حكم

الاعادة بحسب موضع ابتدائها وفي هذا الباب فروع كثيرة جمهورها يقصد من
احدودا فيما فيه من افعال هذه العبادة هو القول في الهدي وفي الكلام
في هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادات وينبغي ان
يفرد بالكلام. القول في الهدي. والقول المختص في الهدي يشتمل
على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه
والى اين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر
فنقول ان الهدي اختلفوا في الهدي المسوق في هذه العبادة فمنه واجب ومنه
تطوع والواجب منه ما هو واجب بالشرع ومنه ما هو واجب لبعض انواع
هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة. فاما ما هو واجب في بعض
انواع هذه العبادة فهو هدي المتمتع باتفاق وهدي القارن باختلاف
واما الذي هو كفارة فهدي الفساد على مذهب من يشترط فيه الهدي وهدي
كفارة الصيد وهدي القاء الاذى والتفث وما اشبه ذلك من الهدي الذي
واسمه الجبران في الاخلال بنسك على المنصوص عليه. واما جنس
الهدي فان العلماء متفقون على انه لا يكون الهدي الا من الازواج الثمانية التي نص
الله عليها وان الافضل في الهدايا هي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا
في الضحايا. واما الاسنان فانهم اجمعوا ان الثني فما فوقه يجزي منها وانه لا يجزي
الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه السلام لابي بردة تجزي عنك ولا
تجزي عن احد بعدك. واختلفوا في الجذع من الضان فاكثر اهل العلم يقولون بجوازه
في الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لا يجزي في الهدايا الا الثني من كل جنس
ولا خلاف في ان الاعلى ثمنا في الهدايا افضل وكان ابن الزبير يقول يا بني
لا يهدين احدكم لله من البدن شيئا يستحي ان يهديه لكريمه فان الله اكرم الكرماء
واحق من اختير له وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد سئل اي الرقاب افضل
اغلاها ثمنا وانفسها عند اهلها. وليس في عدد الهدي حد معلوم وكان
هدي رسول الله مائة. واما كيفية سوق الهدي فهو التقليد والاشعار بان يقلده

لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قلد وهو من سنن العربية فلما كان من سنة العرب
قلد الهدي واشعره واحرم واذا كان الهدي من الابل والبقر فلا خلاف
انه يقلد نعلا او نعلين وما اشبه ذلك مما يعلق في العنق واختلفوا
في تقليد الغنم فقال مالك وابو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعي واحمد
وابو ثور وداود تقلد لحديث الاسود عن عائشة رضي الله عنها ان النبي
عليه السلام اهدى مرة الى البيت غنما فقلدها واستحبوا توجيهه الى
القبلة حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما
رواه مالك عن نافع عن ابن عمر واستحب الشافعي واحمد وابو ثور الاشعار
في الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذي الحليفة
ثم دعا ببدنة واشعرها في صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها
نعلين. واما ابن عمر فكان يرى ان من سنة الهدي ان يوقف بعرفة
والذي ذهب اليه الجمهور ان من اشترى الهدي بمكة ولم يدخله من الحل الى الحرم ان عليه ان
يقف به بعرفة والذي عليه الجمهور ان هدي العمرة ان ادخله من الحل فليس عليه
ان يعرفه وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري
وابو ثور وقوف الهدي سنة ولا حرج على من لم يقفه كان ذلك من اهل العراق
وقال ابو حنيفة ليس بسنة توقيف الهدي بعرفة والسنة في ذلك ادخال
الهدي من الحل الى الحرم لان النبي عليه السلام كذا فعل وقال خذوا عني
مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال ابو حنيفة ليس
التعريف بسنة وانما فعله رسول الله لان مسكنه كان خارج الحرم
وهذا يشبه التقليد في تعريف الهدي انه لا ياتي به. واما محله فهو البيت العتيق
كما قال سبحانه ثم محلها الى البيت العتيق وقال هديا بالغ الكعبة. واجمع العلماء
على ان الكعبة لا يجوز الذبح فيها وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا
بالغ الكعبة انه اراد به الحرم بمكة احسن القضايا عندهم ومنى في الحج وكان مالك يقول
انما المعنى في قوله بالغ الكعبة مكة وكان لا يجيز لمن نحر هديه في الحرم الا ان ينحره

لمسالة كبيرة

بمكة وقال الشافعي وابو حنيفة ان نحره بغير مكة في العمرة اجزاه وقال الطبري
يجوز نحر الهدي حيث شاء المهدي الا هدي القران وجزاء الصيد فانه لا ينحر الا
بالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفي العمرة بمكة الا ان العلماء اختلفوا
فيمن نحر في غير المحصر بغير منى او مكة من الحرم بمكة والعمرة بغير اجزاه وحجة مالك
فانه لا يجوز النحر الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم وكل فجاج مكة وكل منى
منحر واستثنى مالك من ذلك الا هدي العمرة فاجاز ذبحه بغير مكة واما متى يجوز
جاز [illegible] الا بعد [illegible] المتمتع او المتطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه ابو
حنيفة في التطوع وقال الشافعي يجوزه للقيمة قبل يوم النحر والاختلاف عن
الجمهور [illegible] عن [illegible] الصحابة انه يجوز حيث شاء الا انه استحب في الا
اهل الحرم ولاهل مكة واما اختلاف [illegible] المعروفة عن الهدي فجمهور
العلماء على انها للمساكين بمكة والحرم لا [illegible] من جزاء الصيد الذي هو لهم
وقال مالك الا الطعام لا الصيام يجوز بغير مكة واما صفة النحر فالجمهور على
[illegible] على ان التسمية مستحبة فيها لانها ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية
التكبير ويستحب للمهدي ان يلي نحر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك
فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] ان ينحر قياما لقوله سبحانه
فاذكروا اسم الله عليها صواف [illegible] وجهة النحر في كتاب الذبائح واما ما يجوز
لصاحب الهدي من الانتفاع به وبلحمه او بركوبه [illegible] المسائل المشهورة اختلفوا
هل يجوز له ركوب الهدي الواجب او التطوع فذهب اهل الظاهر الى ان ركوبه
جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم اوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار
ركوبها من غير ضرورة والحجة للجمهور ما خرجه ابو داود عن جابر وقد سئل
عن ركوب الهدي فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا
الجئت اليها حتى تجد ظهرا [illegible] والمعتمد [illegible] ما [illegible] الغريبة التي الله
[illegible] منهم [illegible] وحجة اهل الظاهر ما رواه مالك من حديث ابي الزناد عن الاعرج
عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها و
ذلك في الثانية او في الثالثة واجمعوا ان هدي التطوع اذا بلغ محله انه يأكل منه

صاحبه كسائر الضحايا [illegible] واذا عطب قبل ان يبلغ محله انه يخلي بينه وبين الناس
ولا ياكل منه فان اكل [illegible] داود ولا يطعم منه اهل رفقته لما ثبت ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم بعث بالهدي مع ناجية الاسلمي فقال ان عطب منها شيء فانحره ولا تأكل
منه انت ولا اهل رفقتك وقال بهذا الحديث الزيادة داود وابو ثور واختلفوا
فيما يجب على من اكل منه فقال مالك ان اكل منه وجب عليه بدله وقال
الشافعي وابو حنيفة والثوري واحمد وابن حبيب واسحاق [illegible] عليه
قيمة ما اكل او امر باكله طعاما يتصدق به وروي عن علي وابن مسعود
وابن عباس [illegible] مثل قول مالك [illegible] وما عطب من الهدي قبل ان يبلغ مكة
فبلغ محله [illegible] الاختلاف مبني على الاختلاف المتقدم هل المحل مكة او
الحرم واما الهدي الواجب اذا عطب قبل محله فان لصاحبه ان ياكل منه
لان عليه بدله وله ان يبيع لحمه وان يستعين به في البدل وكره
ذلك مالك واختلفوا في الاكل من الهدي الواجب اذا بلغ محله فقال
الشافعي لا يؤكل من الهدي الواجب كله ويجعله كله للمساكين وكذلك
[illegible] والفعل الذي [illegible] وقال مالك يؤكل من كل الهدي الواجب الا جزاء
الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال ابو حنيفة لا يؤكل من الهدي الواجب
الا هدي المتعة وهدي القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع اصناف الهدي
الواجب بالكفارة واما [illegible] فانه [illegible] في الهدي [illegible] احتج [illegible] انه
عبادة والثلاثة انه كفارة واحتج [illegible] وعمدة الحنفي [illegible] غلب عليه شبهة العبادة
على شبهة الكفارة في نوع من انواع الهدي وهو [illegible] القارن والمتمتع [illegible] ويقول
ان التمتع والقران افضل [illegible] الا [illegible] الهدي [illegible] الكفارة
ترفع العقوبة ومن غلب شبهة الكفارة قال [illegible] انه لا ياكل
صاحب الكفارة من الكفارة [illegible] جزاء الصيد وفدية الاذى فلا
[illegible] انه كفارة لم يختلف [illegible] الفقهاء [illegible] انه لا ياكل منه [illegible]
حكم الهدي [illegible] جنسه وفي سنه وفي كيفية سوقه وشروط [illegible] والمكان

عشر

والزمان وصفة غيره وكل لا تتعلق به وجوه الأسماء فحصوناه والله الموفق
للصواب

كتاب الزكاة

والكلام المحيط بجمل هذه العبادة بعد معرفة
وجوبها ينحصر في خمس جمل الجملة الأولى في معرفة من تجب عليه الثانية
في معرفة ما تجب فيه من الأموال الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب الرابعة
في معرفة متى تجب ومتى لا تجب الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له فأما
وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والإجماع ولا خلاف في ذلك وأما
على من تجب فإن العلماء اتفقوا أنها تجب على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب
ملكا تاما واختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة
والناقص الملك مثل الذي عليه الدين أو له الدين ومثل المال المحبس الأصل
أما الصغار فإن قوما قالوا تجب الزكاة في أموالهم وبه قال علي وابن عمر وجابر
وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وغيرهم من
فقهاء الأمصار وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعي
والحسن وسعيد بن جبير من التابعين وفرق قوم بين ما تخرجه الأرض وبين ما لا
تخرجه فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الأرض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك
من الماشية والناض والعروض وهو أبو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض
وغيره فقالوا عليه الزكاة إلا في الناض وسبب اختلافهم في إيجاب الزكاة
عليه أو لا إيجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة
كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الأغنياء فمن قال إنها عبادة
اشترط فيها البلوغ ومن قال إنها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال
الأغنياء لم يعتبر في ذلك بلوغا من غيره وأما من فرق بين ما تخرجه الأرض
أو لا تخرجه وبين الخفي والظاهر فلا أعلم له مستندا في هذا الوقت وأما أهل
الذمة فإن الأكثر على أن لا زكاة على جميعهم إلا ما روت طائفة من تضعيف الزكاة
على نصارى بني تغلب أعني أن يؤخذ منهم مثلا ما يؤخذ من المسلمين في كل شيء
وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وليس عن مالك في ذلك

[margin: والثوري]
[margin: مثلا]

فقول

فقول وإنما صار هؤلاء لهذا لأنه ثبت أنه فعل عمر بن الخطاب بهم وكأنهم رأوا أن مثل
هذا توقيف ولكن الأصول تعارضه وأما العبيد فإن الناس فيهم على ثلاثة مذاهب
فقوم قالوا لا زكاة في أموالهم أصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد
وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعي
فيما حكاه ابن المنذر والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأوجبت طائفة أخرى على
العبد في ماله الزكاة وهو مروي عن ابن عمر وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من
الفقهاء وأهل الظاهر ممن قال لا زكاة في مال العبد فيما أظن والجمهور هم على أن لا زكاة
في مال المكاتب حتى يعتق وقال أبو ثور في ماله الزكاة وسبب اختلافهم في زكاة
مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد ملكا تاما أو غير تام فمن رأى أنه لا يملك ملكا تاما وأن
السيد هو المالك إذ كان لا يخلو مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه
لا واحد منهما يملكه ملكا تاما لا السيد إذ كانت يد العبد هي التي عليه لا يد
السيد ولا العبد أيضا لأن للسيد انتزاعه منه قال لا زكاة في ماله أصلا ومن
قال إن العبد يملك أوجب الزكاة فيه لمكان تصرفه فيه تصرفا شبيها بتصرف الحر
فإن الزكاة عليه إنما هي من كان يعني أن الخطاب العام يتناول الأحرار والعبيد وأن
الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد في المال وأما المال الذي عليه الديون
التي تستغرق أمواله أو تستغرق ما تجب فيه الزكاة من أمواله وبأيديهم أموال تجب
فيها الزكاة فإنهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لا زكاة في مال حبا كان أو غيره حتى تخرج
منه الديون فإن بقي ما تجب فيه الزكاة زكي وإلا فلا وبه قال الثوري وأبو ثور وابن
المبارك وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ويمنع ما سواها
وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط إلا أن يكون له عروض فيها وفاء من دينه فإنه
لا يمنع وقال قوم بمقابل القول الأول وهو أن الدين لا يمنع زكاة أصلا والسبب في اختلا
فهم اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في المال للمساكين فمن رأى أنه حق لهم
قال لا زكاة في مال من عليه الدين لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق
المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المال بيده ومن قال إنها عبادة
قال تجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية للوجوب

على المخلف سواء كان عليه دين او لم يكن وايضا فانه قد تعارض هنا الحقان حق
لله وحق للآدمي وحق الله احق ان يقضى والاشبه بغرض الشرع اسقاط الزكاة
عن المديان لقوله عليه السلام فيها صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم
والمديان ليس بغني واما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب والناض وغير الناض
فلا اعلم له شبهة بينة وقد كان ابو عبيد يقول انه ان كان لا يعلم ان عليه دينا
الا بقوله لم يصدق وان علم ان عليه دينا لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافا لمن
يقول باسقاط الدين الزكاة وانما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق
في المال واما المال الذي هو في الذمة اعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو
الدين فانهم اختلفوا فيه ايضا فقوم قالوا لا زكاة فيه وان قبض حتى يستكمل
شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو احد قولي الشافعي وبه قال
الليث او هو قياس من قوله وقوم قالوا اذا قبضه زكاه لما مضى من السنين
وقال قوم يزكيه لحول واحد وان اقام عند المديان سنين اذا كان اصله عن عوض
واما ان كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل
في ذلك وهو الباب اختلافهم في زكاة الثمار المحبسة الاصول وفي زكاة الارض
المستاجرة على من تجب زكاة ما تخرج هل على صاحب الارض او صاحب الزرع
وفي الارض الخراجية اذا انتقلت من اهل الخراج الى المسلمين وهم اهل
العشر وفي ارض العشر وهي ارض المسلمين اذا انتقلت الى اهل الخراج اعني اهل
الذمة وذلك انه يشبه ان يكون سبب الخلاف في هذا كله انها املاك ناقصة
المسئلة الاولى واما زكاة الثمار المحبسة الاصول فان مالكا والشافعي
كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها وفرق قوم
بين ان تكون محبسة على المساكين وبين ان تكون على قوم باعيانهم فاوجبوا فيها
الصدقة اذا كانت على قوم باعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على
المساكين ولا معنى لمن اوجبها على المساكين لانه يجتمع في ذلك سببان اثنان
احدهما انها ملك ناقص والثاني انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف
اليهم الصدقة لا من الذين تجب عليهم واما المسئلة الثانية وهي الارض المستاجرة

على من تجب

على من تجب زكاة ما تخرج فان قوما قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال
مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وابو ثور وجماعة وقال ابو حنيفة
واصحابه الزكاة على رب الارض وليس على المستاجر شيء والسبب في
اختلافهم هل العشر حق الارض او حق الزرع او حق مجموعهما الا انه لم يقل
احد بمجموعهما وهو في الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد
الامرين اختلفوا في ايهما هو اولى ان ينسب الى الموضع الذي فيه الاتفاق وهو
كون الزرع والارض لمالك واحد فذهب الجمهور الى انه للشيء الذي تجب فيه
الزكاة وهو الحب وذهب ابو حنيفة الى انه للشيء الذي هو اصل الوجوب وهو
الارض واما اختلافهم في ارض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها
عشر مع الخراج او ليس فيها عشر فان الجمهور قالوا فيها العشر اعني
الزكاة وقال ابو حنيفة واصحابه ليس فيها عشر وسبب اختلافهم
كما قلنا هل الزكاة حق للارض او حق الحب فان قلنا انها حق الارض لم يجتمع
فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق
الارض والزكاة حق الحب وانما جاء هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص
كما قلنا ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع ارض الخراج واما اذا انتقلت
ارض العشر الى الذمي يزرعها فان الجمهور على انه ليس فيها شيء وقال
النعمان اذا اشترى الذمي ارض عشر تحولت ارض خراج فكانه راى ان العشر
هو حق ارض المسلمين والخراج هو حق ارض الذميين لكن كان يجب على هذا
ان اذا انتقلت ارض الخراج الى المسلمين ان تعود ارض عشر كما انه اذا
انتقلت ارض العشر الى الذمي عادت ارض خراج ويتعلق بهذا الاصل مسائل
المواضع يذكرها هنا وهذا الباب احدها اذا اخرج المرء الزكاة فضاعت والثانية
اذا امكن اخراجها فهلكت قبل الاخراج والثالثة اذا مات وعليه
زكاة والرابعة اذا باع الزرع او الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة
وكذلك اذا وهبه فاما المسئلة الاولى وهي اذا اخرج الزكاة فضاعت
فان قوما قالوا تجزئ عنه وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضعها موضعها وقوم

فرقوا بين ان يخرجها بعد ان امكنه اخراجها او بين ان يخرجها اول زمان الوجوب والا
مكان فقال بعضهم ان اخرجها بعد ايام من الامكان الوجوب ضمن وان اخرجها في اول
الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا
ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي وبه قال ابو ثور والشافعي وقال قوم بل
يعد الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين في الباقي بقدر
حظهم من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان
شريكين على تلك النسبة في الباقي فيتحصل في المسألة خمسة اقوال قول انه
لا يضمن باطلاق وقول انه يضمن باطلاق وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن
وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي والقول الخامس يكونان شريكين في
الباقي و اما اذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم
قالوا يزكي ما بقي وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع
بعض مالهما و السبب في اختلافهم تشبيه الزكاة بالحقوق الواجبة في ان تتعلق
الحقوق فيها بالذمة لا بعين المال او تشبيهها بالحقوق التي تتعلق بعين المال
لا بذمة الذي يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكي الزكاة بالامناء
قال اذا هلك المال فلا شيء عليهم ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن
فرق بين التفريط ولا تفريط الحقهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان
الامين يضمن اذا فرط واما من قال اذا هلك بعض المال يزكي ما بقي فانه شبه من
هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فكما
انه اذا وجبت الزكاة عليه فانما يزكي الموجود فقط كذلك هنا انما
يزكي الموجود من ماله فقط و سبب الاختلاف هو تردد شبه المالك
بين الغريم والامين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب و اما اذا وجبت
الزكاة وتمكن الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما
احسب انه ضامن الا في الماشية عند من رأى ان وجوبها انما يتم بشرط خروج
الساعي مع الحول وهو مذهب مالك و اما المسألة الثالثة وهي اذا مات
بعد وجوب الزكاة عليه فان قوما قالوا تخرج من راس ماله وبه قال الشافعي

واحمد

واحمد واسحاق وابو ثور وقوم قالوا ان اوصى بها اخرجت من الثلث والا فلا شيء
عليه ومن هؤلاء من قال يبدا بها ان ضاق الثلث ومنهم من قال لا يبدا بها وعن مالك
القولان جميعا ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية و اما اختلافهم في مال
يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوما قالوا ياخذ المصدق الزكاة من المال
نفسه ويرجع المشتري بقيمته على البائع وبه قال ابو ثور وقوم قالوا البيع مفسوخ
وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة المشتري بالخيار بين انفاذ البيع ورد
العشر ماخوذ من الثمر او من الحب الذي وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة
على البائع و سبب اختلافهم تشبيههم بيع مال الزكاة بتعديه واتلاف
عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة في ذمة المتلف والمتعدي ومن قال
البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تعد له وانما هو ثمن له وبائع ما ليس
له قال الزكاة في عين المال ثم هل البيع مفسوخ او غير مفسوخ نذكره اخر بذكر
من ابواب البيوع ان شاء الله تعالى ومن هذا النوع هو اختلافهم في زكاة المال المو
هوب وفي بعض هذه المسائل التي ذكرنا في تحصيل المذهب تردد ان يعرض له
اذا رد الغنم هو ابو الغنم هذا مع انه يحبس فيها العين اساسية تلك الفروق
لانها اكثرها استحسانية مثل تحصيل الديون التي تزكى والديون المسقطة
للزكاة من التي لا تسقطها هذا ما رأينا ان نذكره في هذه الجملة وهي معرفة
من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التي تجب به واحكام من تجب عليه وقد
بقي من احكامه حكم مشهور وهو ما اذا منع من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها
فذهب ابو بكر رضي الله عنه الى ان حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانع الزكاة
من العرب وذلك انه قاتلهم وسبى ذريتهم وخالفه في ذلك عمر رضي الله عنه
واطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير
من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها و سبب اختلافهم هل اسم
الايمان الذي هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط او من شرطه
وجود العمل معا فمن رأى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من يحقق
ذلك حتى لم يتلفظ بالشهادة اذا اصر بها فحكمه حكم المؤمن عفى الله

والجمهور وهم اهل السنة على انه ليس يشترط فيه اعني في اعتقاد الايمان الذي
ضده الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ويؤمنوا بي فاشترط مع القول
القول وهو عمل من الاعمال التي اتفق الجمهور على انها ليست شرطا في العلم
الذي هو الايمان فان المتصورين فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله
تعالى حكم المومن والقول ان شاذ او استثناء التلفظ بالشهادة تمييز من سائر
الاعمال هو الذي عليه الجمهور الجملة الثانية واما ما تجب فيه الزكاة
من الاموال فانهم اتفقوا منها على اشياء واختلفوا في اشياء اما ما اتفقوا عليه
فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلي وثلاثة من الحيوان الابل
والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر
والزبيب وفي الزيت خلاف شاذ واختلفوا اما من الذهب ففي الحلي فقط و
ذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعي الى انه لا زكاة فيه اذا
اريد للزينة واللباس وقال ابو حنيفة واصحابه فيه الزكاة والسبب في
اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللذين المقصود منهما
المعاملة في جميع الاشياء فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها المنافع
اولا قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة اللذين المقصود منهما
المعاملة بهما اولا قال فيه الزكاة ولاختلافهم ايضا سبب اخر وهو اختلاف
الاثار في ذلك وذلك انه روى عن جابر ان النبي عليه السلام قال ليس في الحلي
زكاة وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسكتان من ذهب فقال لها اتؤدين زكاة هذا
قالت لا قال ايسرك ان يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما
والقتهما الى النبي وقالت هما لله ولرسوله والاثار ضعيفة وخاصة
حديث جابر ولكون السبب الاملك لاختلافهم تردد الحلي المتخذ للباس بين التبر
والفضة اللذين المقصود منهما المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التي
المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة اعني الانتفاع

لا المعاملة

لا المعاملة واعني بالمعاملة كونهما ثمنا اختلف فقهاء الحلي المتخذ للكراء
فمرة شبهوه بالحلي المتخذ للباس ومرة شبهوه بالتبر المتخذ للمعاملة واما
ما اختلفوا فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صفته
اما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لا زكاة في الخيل وذهب
ابو حنيفة انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة اعني اذا
كانت ذكرانا واناثا والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يظن
ومعارضة اللفظ للفظ فيها اما اللفظ الذي يقتضي ان لا زكاة فيه فقوله عليه
السلام ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة واما القياس الذي عارض
هذا العموم فهو ان الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فاشبه
الابل والبقر واما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه
السلام وقد ذكر الخيل فقال لم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فزعم ابو
حنيفة ان حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها وان يكون
هذا اللفظ مجملا احرى منه ان يكون عاما فيحتج به في الزكاة وخالف ابا حنيفة
في هذه المسالة صاحباه ابو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه كان
ياخذ منها الصدقة فقيل انه كان يأخذها اختيارا منه واما ما اختلفوا في
صفته فهي السائمة من الابل والبقر والغنم وغير السائمة فان قوما
اوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت او غير سائمة وبه
قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الامصار لا زكاة في غير السائمة من هذه
الانواع الثلاثة وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة
القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه السلام في اربعين شاة شاة
واما المقيد فقوله عليه السلام في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق
على المقيد قال الصدقة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد
قال الزكاة في السائمة ويشبه ان يقال ان من سبب الخلاف في ذلك ايضا معارضة
دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه السلام في سائمة

الغنم الزكاة يقتضي ان لا زكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه السلام في اربعين
شاة شاة يقتضي ان السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم اقوى
من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق اشهر من تغليب المطلق على
المقيد وذهب ابو محمد بن حزم الى ان المطلق يقضي على المقيد وان في الغنم
سائمة او غير سائمة الزكاة وكذلك في الابل لقوله عليه السلام ليس فيما
دون خمس ذود من الابل صدقة ولم يثبت له في البقر اثر وجب ان يتمسك فيها بالاجماع
وهو ان الزكاة في السائمة منها فقط فيكون الخلاف في البقر من قبل القياس فقط
واما القياس المعارض لعموم قوله عليه السلام في اربعين شاة
شاة فهو ان السائمة هي التي المقصود منها النماء والربح وهو الموجود
فيها اكثر ذلك في الاموال السائمة والزكاة انما هي فضلات الاموال و
الفضلات انما توجد اكثر ذلك في الاموال السائمة ولذلك اشترط فيها
الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير السائمة
ومن لم يخصص ذلك ورأى ان العموم اقوى اوجب ذلك في الصنفين جميعا
فهذا ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة واجمعوا على انه
ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور
على ان لا زكاة فيه وقال قوم فيه وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر
الوارد في ذلك وهو قوله عليه السلام في كل عشرة ازقاق زق خرجه
الترمذي وغيره واما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف
الاربعة التي ذكرنا فهو جنس النبات التي تجب فيه الزكاة فمنهم من
لم ير الزكاة الا في الاربع فقط وبه قال ابن ابي ليلى وسفيان الثوري
وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخر المقتات من النبات
وهو قول مالك والشافعي ومنهم من قال الزكاة في كل ما تخرجه الارض
ما عدا الحشيش والحطب والقصب وهو ابو حنيفة وسبب الخلاف اما
بين من قصر الزكاة على الاصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المقتات

فهو اختلافهم في تعلق الاصناف الاربعة هل لعينها او لعلة فيها وهو الاقتيات
فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع
المقتات وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداه الى
جميع ما تخرجه الارض الا ما وقع عليه الاجماع من الحشيش والحطب والقصب
هو معارضة القياس لعموم اللفظ اما اللفظ الذي يقتضي التعميم فهو قوله
عليه السلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر
وما بمعنى الذي والذي من الفاظ العموم وقوله تعالى وهو الذي انشأ جنات معروشات و
غير معروشات الاية الى قوله وآتوا حقه يوم حصاده واما القياس فهو ان الزكاة
انما المقصود منها سد الخلة وذلك لا يكون غالبا الا فيما هو قوت فمن خصص
العموم بهذا القياس اسقط الزكاة مما عدا المقتات ومن غلب العموم
اوجبها فيما عدا ذلك الا ما اخرجه الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا
في اشياء من قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاتة ام ليست بمقتاتة وهل يقاس
على ما اتفق عليه او ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان
مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعي في قوله الاخير
بمصر وسبب اختلافهم هل هو قوت ام ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف
اصحاب مالك في ايجاب الزكاة في التين وذهب بعضهم الى ان الزكاة تجب
في الثمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه وهو الذي انشأ جنات
معروشات وغير معروشات الاية ومن فرق في الاية بين الثمار والزيتون فلا وجه
لقوله الا وجه ضعيف واتفقوا على ان لا زكاة في العروض التي لم يقصد بها التجارة
واختلفوا في ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى
وجوب ذلك ومنع ذلك اهل الظاهر والسبب في اختلافهم اختلافهم في وجوب
الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا ان نخرج الزكاة مما نعده للبيع وما روي عنه صلى الله
عليه وسلم ادوا زكاة البز واما القياس الذي اعتمده الجمهور فهو ان العروض المتخذة
للتجارة مال مقصود به التنمية فاشبه الاجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق

أعني الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي أن زكاة العروض ثابتة عن
عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى أن مثل هذا هو إجماع من الصحابة
أعني إذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه وفيه ضعف

الجملة الثالثة وأما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الأموال المزكاة وهو
المقدار الذي فيه الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك
فيه وقدره فإنا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه في جنس جنس
من هذه الأجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليها
ولنجعل الكلام في ذلك في فصول الفصل الأول في الذهب والفضة الثاني في الإبل
الثالث في الغنم الرابع في البقر الخامس في النبات السادس في العروض

الفصل الأول أما المقدار الذي تجب فيه الزكاة من الفضة فإنهم اتفقوا على أنه
خمس أواق لقوله عليه السلام الثابت ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة
ما عدا المعدن من الفضة فإنهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي القدر
الواجب فيه والأوقية عندهم أربعون درهما كيلا واتفقوا على أن الواجب في
ذلك هو ربع العشر ما عدا المعدن من الفضة فإنهم اختلفوا في اشتراط النصاب
منه وفي القدر الواجب فيه أعني في الفضة والذهب معا كيلا ما لم يكونا خرجا
من معدن واختلفوا من هذا الباب في مواضع أربعة أحدها في نصاب الذهب
والثاني هل فيهما وقص أعني هل فيما فوق النصاب عفو أم لا تزيد الزكاة بزيادته
والثالثة هل يضم بعضها إلى بعض في الزكاة فيعطيان كصنف واحد أعني عند إقامة
النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب أن يكون المالك
له واحدا أو أكثر أما المسألة الأولى وهي اختلافهم في نصاب الذهب فإن أكثر
العلماء على أن الزكاة تجب في عشرين دينارا وزنا كما تجب في مائتي درهم هذا
مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الأمصار
وقالت طائفة منهم الحسن البصري وأكثر أصحاب داود بن علي ليس في الذهب
شيء حتى يبلغ أربعين دينارا ففيها ربع عشرها دينار واحد وقالت طائفة
ثالثة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتي درهم أو قيمتها فإذا بلغت

فيها

ففيها ربع عشرها كان وزنها عشرين دينارا أو أقل أو أكثر
هذا فيما كان منها دون الأربعين دينارا وأما إذا بلغت أربعين كان المعتبر
بها نفسها لا بالدراهم لا صرفا ولا قيمة وسبب اختلافهم في نصاب الذهب
أنه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت في نصاب
الفضة وما روي عن الحسن بن عمارة من حديث علي أنه عليه السلام قال هاتوا
زكاة الذهب من كل عشرين دينارا نصف دينار فليس هو عند الأكثر مما يجب
العمل به لانفراد الحسن بن عمارة به فيما ذكر أبو عمر فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد في
ذلك على الإجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الأربعين وأما مالك فاعتمد
في ذلك على العمل وذلك أنه قال في الموطأ السنة التي لا اختلاف فيها عندنا
أن الزكاة تجب في عشرين دينارا كما تجب في مائتي درهم وأما الذين جعلوا الزكاة
فيما دون الأربعين تبعا للدراهم فإنه لما كان عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة
هي الأصل إذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعا لها في القيمة لا
في الوزن وذلك فيما دون موضع الإجماع ولما قيل من اتصال الرواية بين الذهب
والفضة وقد جاء في بعض الآثار ليس فيما دون خمس أواق من الرقة صدقة وأما المسألة
الثانية وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيهما فإن الجمهور قالوا ما زاد
على مائتي درهم من الورق ففيه بحسابه في الكل أعني ربع العشر وممن قال بهذا
القول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة
وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لا شيء فيما زاد على مائتي درهم
حتى تبلغ الزيادة أربعين درهما فإذا بلغتها كان فيها ربع عشرها وفي الكل
درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابنا وسبب اختلافهم
في تصحيح حديث الحسن بن عمارة ومعارضة دليل الخطاب له وتردد ما بين أحكام
هذا الباب مختلفين في هذا الحكم أعني الماشية والحبوب أما حديث الحسن
بن عمارة فإنه رواه عن أبي إسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
قال قد عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتي
درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين دينارا نصف دينار وليس في مائتي درهم شيء حتى يحول

عليها الحول ففيها خمسة دراهم فما زاد ففي كل اربعين درهما درهم وفي كل اربعة
دنانير تزيد على العشرين دينارا درهم حتى تبلغ اربعين دينارا ففي كل اربعين
دينارا دينار وفي كل اربعة وعشرين دينارا دينار ودرهم واما دليل الخطاب المعارض
له فقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ومفهومه ان
فيما زاد على ذلك الصدقة قل او كثر واما تردد هذا بين الاصلين الذين هما
الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص ورد في الماشية واجمعوا على انه
لا اوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص
ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص واما المسالة الثالثة وهي ضم الذهب
الى الفضة في الزكاة فان مالكا وابا حنيفة وجماعة قالوا تضم الدراهم الى
الدنانير فاذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وابو
ثور وداود لا يضم ذهب الى فضة ولا فضة الى ذهب وسبب اختلافهم
هل كل واحد منهما تجب فيه الزكاة لعينه ام لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول
الفقهاء رؤوس الاموال وقيم المتلفات فمن راى المعتبر في كل واحد منهما
هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم احدهما الى
الثاني كالحال في البقر والغنم ومن راى المعتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع
الذي قلناه اوجب ضم بعضها الى بعض ويشبه ان يكون الاظهر اختلاف الاحكام
حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات انفسها وان كان قد يوهم اتحادها
اتحاد المنافع وهو الذي اعتمده مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين
اجازوا ضمهما اختلفوا في صفة الضم فراى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك
بان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فمن كان له عشرة دنا
نير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز ان يخرج من الاخر وقال من
عداه اخرون يضم بالقيمة في وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلا مائة درهم
وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة او من كانت عنده
مائة درهم تساوي احد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه ايضا فيها
الزكاة وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثوري

من كل واحد

الثالثة

الا ان ابا حنيفة يراعي الاحوط للمساكين في الضم اعني القيمة او الصرف المحدود
ومنهم من قال يضم الاقل منهما الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال
اخرون تضم الدنانير بقيمتها ابدا كانت الدنانير اقل من الدراهم او اكثر
ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم اصل والدنانير فرع اذ كان لا يتفق
في الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ اربعين وقال بعضهم اذا كان عنده
نصاب واحد منهما ضم اليه قليل الاخر وكثيره ولم ير الضم في تكميل النصاب
اذا لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما وسبب هذا الارتباك كما اقول
ان يجعلوا لشيئين نصابهما مختلف في الوزن نصابا واحدا وهذا كله لا معنى
له ولعل من رام ضم احدهما الى الاخر فقد احدث حكما في الشرع حيث لا حكم
لانه قد قال بنصاب ليس هو نصاب في ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة
التكليف والامر بالبيان ان يكون في امثال هذه الاشياء المحتملة حكم مخصوص
فيسكت عنه الشارع صلى الله عليه وسلم حتى يكون سكوته سببا لان يعرض
فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم
لرفع الاختلاف واما المسالة الرابعة فان عند مالك وابي حنيفة ان الشر
يكين ليس يجب على احدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند
الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد وسبب اختلافهم
الاجمال الذي في قوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة
فان هذا القدر يمكن ان يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان لمالك واحد
فقط او كان لاكثر من مالك واحد الا انه لما كان مفهوم اشتراط
النصاب انما هو الرفق فواجب ان يكون النصاب من شرطه ان يكون لمالك
واحد وهو الاظهر والله اعلم والشافعي كانه شبه الشركة في الخلطة
ولكن تاثير الخلطة في الزكاة غير متفق عليه على ما سياتي بعد و
اما المسالة الخامسة وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر
الواجب فيه فان مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن واما
الثلاث فيشبه ان مالكا لا يشترط الحول واشترطه الشافعي على

ما استغرقوا بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما
يخرج منه هو ربع العشر وأما ابو حنيفة فلم ير فيه نصابا ولا حولا وقال
الواجب فيه هو الخمس وسبب الخلاف في ذلك هل اسم الركاز يتناول
المعدن او لا يتناوله لانه قال عليه السلام وفي الركاز الخمس وروى اشهب
عن مالك ان المعدن الذي يوجد بغير عمل انه ركاز وفيه الخمس فسبب الخلاف
في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو احد اسباب الاختلافات العامة
التي ذكرناها **الفصل الثاني** في نصاب الابل والواجب فيه واجمع
المسلمون على ان في كل خمس من الابل شاة الى اربع وعشرين فاذا كانت
خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض الى خمس وثلاثين فان لم تكن ابنة مخاض
فابن لبون ذكر فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون الى خمس واربعين
فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة الى ستين فاذا كانت
احدى وستين ففيها جذعة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين
ففيها ابنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان
الى عشرين ومائة لثبوت هذا كله في كتاب الصدقة الذي امر به رسول
الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده ابو بكر وعمر واختلفوا منها في مواضع
منها فيما زاد على العشرين والمائة ومنها اذا عدم السن الواجب
عليه وعنده السن التي فوقها او التي تحتها ما حكمه ومنها هل يجب
الزكاة في صغار الابل وان وجبت فما الواجب فاما المسألة الاولى وهي
اختلافهم فيما زاد على المائة والعشرين فان مالكا قال اذا زادت على عشرين
ومائة فالمصدق بالخيار ان شاء اخذ ثلاث بنات لبون وان شاء اخذ حقتين
الى ان تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم
من اصحابه بل ياخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى ان تبلغ ثلاثين ومائة
فيكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد الملك
ابن الماجشون من اصحاب مالك بل ياخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار
الى ان تبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون ابو حنيفة واصحابه والثوري

اذا زادت

176

اذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على اولها ومعنى عود ذلك ان يكون
في كل خمس شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها
حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس فاذا بلغت
ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمسا وثلاثين ففيها
حقتان وثلاث شياه الى اربعين ومائة ففيها حقتان واربع شياه الى
خمس واربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة
والعشرين وابنة المخاض للخمس والعشرين كما كانت في الفرض الاول الى
خمسين ومائة فاذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق واذا زادت على الخمسين
ومائة استقبل بها الفريضة الاولى الى ان تبلغ مائتين فيكون فيها اربع
حقاق ثم يستقبل بها الفريضة واما ما عدا الكوفيين فانهم اتفقوا
على ان فيما زاد على المائة والثلاثين في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين
حقة وسبب اختلافهم في عودة الفرض او لا عودة اختلاف الاثار في
هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة انه قال عليه السلام فما
زاد على العشرين ومائة ففي كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وروي
من طريق ابي بكر بن عمرو بن حزم عن ابيه عن النبي عليه السلام انه كتب كتاب
الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة
فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذ هو اثبت وذهب الكوفيون
الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم من قول علي وابن مسعود
قالوا ولا يصح ان يكون مثل هذا الا توقيفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس
واما سبب اختلاف مالك واصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين
الى ثلاثين فانه يستقيم لها حساب الاربعينات والخمسينات في ان ما
بين المائة وعشرين الى ثلاثين يستقيم الحساب وقد قال البعض فيما زاد شيء
على ظاهر الحديث الثابت حتى تبلغ مائة وثلاثين وهو كذا هو الحديث واما
الشافعي وابن القاسم فلما اخذ ففيها ثلاث بنات لبون لانه مروي
عن ابن شهاب في كتابه انه اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات
لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة وسبب اختلاف

ان الماجشون وابن القاسم فهو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتعبير الوارد
في هذا الحديث فان ابن الماجشون حمل هذا الاثر كالاتفاق على ثبوته وابن
القاسم والشافعي حملا المعنى على الجمع ۝ واما تخيير الساعي فكانه
جمع بين الاثرين والله اعلم ۝ واما المسألة الثانية وهي اذا عدم السن من
الابل الواجب وعنده السن التي فوق هذا السن او تحته فقال مالك يكلف شراء
ذلك السن وقال قوم بل يعطي السن التي عنده وزيادة عشرين درهما ان
كان السن التي عنده اخفض او شاتين وان كانت اعلى دفع اليه المصدق عشرين
درهما او شاتين وهذا ثابت في كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه
ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعي وابو ثور
وجماعة من اهل الكوفة وهو احتجوا بحديث سويد بن غفلة وقال ابو حنيفة
الواجب عليه القيمة على اصله في اخراج القيم في الزكاة وقال قوم بل يعطي
السن التي عنده وما بينهما من القيمة ۝ واما المسألة الثالثة وهي اذا وجبت
في صغار الابل وان وجبت فيها ان يكلف فالواجب فيها الزكاة
وقوم قالوا لا تجب ۝ وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار او لا
يتناوله والذين قالوا لا تجب فيها الزكاة هو ابو حنيفة وجماعة من اهل
الكوفة وهو احتجوا بحديث سويد بن غفلة انه قال اتانا مصدق النبي
عليه السلام فاتيته فجلست اليه فسمعته يقول ان في عهدي ان لا اخذ
من راضع لبن ولا نجمع بين مفترق ولا نفرق بين مجتمع قال واتاه رجل بناقة
كوماء فابى ان ياخذها والذين اوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكلف
شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال ياخذ منها وهو الاجود وبهذا
هذا الخلاف اختلفوا في صغار البقر وسخال الغنم

الفصل الثالث

في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك ۝ اجمع العلماء على ان في سائمة
الغنم الزكاة اذا بلغت اربعين شاة شاة الى عشرين ومائة فاذا
زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين
فثلاث شياه الى ثلاث مائة فاذا زادت على الثلاث مائة ففي كل مائة شاة
وهذا قول الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة

وشاة

وشاة واحدة اي فيها اربع شياه وان كانت اربع مائة شاة وشاة ففيها خمس
شياه وروي هذا القول عن منصور عن ابراهيم والاثار الثابتة المروية في كتاب
الصدقة على ما قال الجمهور ۝ واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم ۝ واختلفوا
في اي صنف منها ياخذ المصدق فقال مالك ياخذ من الاكثر عددا فان استوت خير الساعي
وقال ابو حنيفة بل الساعي مخير اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعي ياخذ
الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضي الله عنه تعد عليهم بالسخلة يحملها
الراعي ولا ناخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم وناخذ الجذعة والثنية
وذلك عدل بين خيار المال وسفله وكذلك اتفق فقهاء الامصار على ان لا يوخذ في
الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عوار لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الا ان يرى
المصدق ان ذلك خير للمساكين ۝ واختلفوا في العمياء وذات العلة هل تعد على
صاحب المال او لا تعد فراى مالك والشافعي ان تعد وروي عن ابي حنيفة انها لا تعد ۝
وسبب اختلافهم هل يطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى ام لا يتناول ۝ واختلفوا
وهو الباب الرابع في نسل الامهات هل يعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم تبلغ نصابا
فقال مالك يعتد بها وقال الشافعي وابو حنيفة وابو ثور لا يعتد بالسخال الا
ان تكون الامهات نصابا ۝ وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضي الله عنه اذ امر
ان يعد عليهم بالسخال ولا ياخذ منها شيئا فان قوما فهموا من هذا اذا كانت الامهات
نصابا وقوم فهموا هذا مطلقا ۝ واحسب ان اهل الظاهر لا يوجبون شيئا في السخال
ولا يعتدون بها الا ان كانت الامهات نصابا ولا يعتد لان اسم الجنس لا ينطلق عليها في عرف
واكثر الفقهاء على ان للخلطة تاثيرا في قدر الواجب من الزكاة ۝ واختلف القائلون بذلك
هل لها تاثير في قدر النصاب ام لا ۝ واما ابو حنيفة واصحابه فلم يروا للخلطة تاثيرا لا
في قدر الواجب ولا في قدر النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعي واكثر فقهاء
الامصار اتفقوا على ان الخلطاء يزكون زكاة المالك الواحد ۝ واختلفوا من ذلك في موضعين احدهما
في نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب او لم
يكن ام انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب ۝ والثاني في صفة
الخلطة التي لها تاثير في الزكاة ۝ واما اختلافهم اولا في هل للخلطة تاثير في النصاب
وفي الواجب او ليس لها تاثير ۝ فسبب اختلافهم الاجمال الذي في ما ثبت في كتاب الصدقة من قوله

عليه السلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من
خليطين فانهما يترادان بينهما بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع كان الواحد
والعدد بنفسه اثر من مفهوم هذا الحديث على اعتقاده ذلك ان الذين راوا للخلطة تاثيرا
في النصاب والقدر الواجب او في القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه السلام
وما كان من خليطين فانهما يترادان بينهما بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق
بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد وان هذا الاثر مخصص
لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة اما في الزكاة عند
مالك واصحابه اعني في قدر الواجب واما في النصاب والزكاة معا عند الشافعي
واصحابه واما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان
ويحتمل ان يكون قوله عليه السلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما
هو نهي للسعاة ان يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة
مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات
او يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل اخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة
قالوا واذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب ان لا يخصص به الاصول الثابتة
المجمع عليها اعني ان النصاب والحق الواجب في الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد
واما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو اظهر في الخلطة نفسها
منه في الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله عليه السلام فيهما انهما يترادان بالسوية
مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه السلام انهما
يترادان بالسوية على ان الخليطين ليسا شريكين لان الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع اذ المأخوذ
هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يعتبر النصاب تاويله في
الحق الواجب فان نصابهما نصاب الرجل الواحد فكان زكاتهما كزكاة الرجل الواحد وكل
واحد من هؤلاء تاول قوله عليه السلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على مذهبه
الذي فالامام مالك رحمه الله قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل
واحد منهما مائة شاة وشاة فيكون عليهما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا
عنهما كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله لا يجمع بين مفترق

وان يكون

ان يكون النفر الثلاثة لكل واحد منهم اربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة
واحدة فعلى مذهب الشافعي انما يعود النهي نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب واما
الشافعي فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع ان يكون رجلان لهما اربعون شاة فاذا فرقا
غنمهما لم تجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم
واما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هي الخلطة المؤثرة في الزكاة فاما الشافعي
فقال ان من شرط الخلطة ان تختلط ماشيتهما وتراحا لواحد وتحلبا لواحد
وتسرحا لواحد وتسقيا معا وتكون فحولها مختلطة ولا فرق عنده بالجملة
بين الخلطة والشركة ولذلك لا يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم
واما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا في الدلو والحوض والمراح والراعي والفحل
واختلف اصحابه في مراعاة بعض هذه الاوصاف او جميعها وسبب اختلافهم اشتراك
اسم الخلطة ولذلك لم ير قوم تاثير الخلطة في الزكاة وهو مذهب ابي محمد بن حزم الاندلسي

الفصل الرابع في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك اتفق جمهور العلماء على ان في ثلاثين
من البقر تبيعا وفي اربعين مسنة وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة الى ثلاثين
ففيها تبيع وقيل اذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ففيها بقرتان
اذا جاوزت الاربعين فاذا بلغت مائة وعشرين ففي كل اربعين بقرة وقد روي عن سعيد
ابن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فقال مالك والشافعي
واحمد والثوري وجماعة ان لا شيء فيما زاد على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت
ستين ففيها تبيعان الى سبعين ففيها مسنة وتبيع الى ثمانين ففيها مسنتان
الى تسعين ففيها ثلاثة تبع الى مائة ففيها تبيعان ومسنة ثم هكذا ما زاد
ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل اربعين مسنة وسبب اختلافهم في النصاب ان حديث معاذ
غير متفق على صحته ولذلك لم يخرجه الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار
في الوقص في البقر انه جاء في حديث معاذ هذا انه توقف في الاوقاص وقال حتى
اسال فيها النبي صلى الله عليه وسلم فلما قدم عليه وجده قد توفي صلى الله عليه وسلم فلم يرد في ذلك
حكم فطلب حكمه من طريق القياس فمن قاسها على الابل والغنم لم ير في الاوقاص شيئا

ومن قال إن الأصل في الأوقاص الزكاة إلا ما استثناه الدليل من ذلك أوجب عنده في الأوقاص
في البقر ... الا بدليل من كتاب أو إجماع ولا خبر. الفصل الخامس في نصاب
الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك. وأجمعوا على أن الواجب في الحبوب أما
ما سقي بالسماء ففيه العشر وأما ما سقي بالنضح ففيه نصف العشر لثبوت ذلك
عنه صلى الله عليه وسلم. وأما النصاب فإنهم اختلفوا في وجوبه في هذا الجنس من
مال الزكاة فصار الجمهور إلى إيجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والوسق
ستون صاعا بإجماع والصاع أربعة أمداد بمد النبي عليه السلام والمد
على رأي ... رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادي وإليه رجع أبو يوسف حين
ناظره مالك ... مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان أبو
حنيفة يقول إن المد رطلان والصاع ثمانية أرطال وقال أبو حنيفة ليس في الحبوب
والثمار نصاب. وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله
عليه السلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر وأما
الخصوص فقوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن
رأى أن الخصوص يبنى على العموم قال لا بد من النصاب وهو المشهور ومن رأى أن العموم
والخصوص متعارضان إذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر إذ كان ينسخ الخصوص بالعموم
وينسخ العموم بالخصوص إذ كل ما وجب العمل به جاز نسخه والنسخ يكون للبعض
ويكون للكل ورجح العموم قال لا نصاب ولكن حمل الجمهور الخصوص على العموم
هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذي تعارضا فيه فإن العموم فيه ظاهر
والخصوص فيه نص فتأمل هذا فإنه السبب الذي صير الجمهور إلى أن يقولوا إنه
يقضى بالخاص على العام وهو في الحقيقة ليس بناء إذ البناء إنما هو حيث لا تعارض الا ان
يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء. واحتجاج أبي حنيفة في النصاب
وفي هذا الباب ثلاث مسائل المسألة الأولى في ضم الحبوب بعضها إلى بعض في النصاب الثانية
في جواز تقدير النصاب في العنب والتمر بالخرص الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكل
من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجذاذ في النصاب أم لا. أما المسألة الأولى فإنهم أجمعوا

179

على أن الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده إلى رديئه وتؤخذ الزكاة من جميعه
بحسب قدر كل واحد منهما أعني من الجيد والردي فإن كان الثمر أصنافا أخذ من وسطه
واختلفوا في ضم القطاني بعضها إلى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت
فقال مالك القطاني كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت صنف
واحد أيضا وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطاني كلها أصناف
كثيرة بحسب أسمائها ولا يضم منها شيء إلى غيره في حساب النصاب وكذلك
الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة. وسبب الخلاف هل المراعى
ما يتبع الصنف الواحد هو اتفاق المنافع أو اتفاق الأسماء فمن قال اتفاق
الأسماء قال كلما اختلفت أسماؤها فهي أصناف كثيرة ومن قال اتفاق
المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهي صنف واحد وإن اختلفت أسماؤها
وكل واحد منهما يروم تقرير مذهبه بأنه مستقى من الشرع أعني أن واحدا منهما يحتج
لمذهبه بأن الأشياء التي علق الشرع بها الأحكام هي الأسماء والآخر بأن الأشياء التي اعتبر
الشرع فيها المنافع ويشبه أن يكون شهادة الشرع للأسماء في الزكاة أكثر
من شهادته للمنافع وإن كلا الاعتبارين موجود في الشرع والله أعلم. وأما
المسألة الثانية وهي تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون الكيل فإن
جمهور العلماء على إجازة الخرص في النخيل والأعناب حين يبدو صلاحها
لضرورة أن يخلى بينه وبين أهله يأكلونه رطبا وقال داود لا خرص إلا في النخيل
فقط وقال أبو حنيفة وصاحباه الخرص باطل وعلى رب المال أن يؤدي عشر ما
يحصل بيده زاد على الخرص أو نقص. والسبب في اختلافهم في جواز الخرص معارضة
الأصول للأثر الوارد في ذلك أما الأثر الوارد في ذلك فهو الذي تمسك به
الجمهور وهو ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبد الله بن رواحة
وغيره إلى خيبر فيخرص عليهم النخيل. وأما الأصول التي تعارضه فلأنه من باب
المزابنة المنهي عنها وهو بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر كيلا ولأنه أيضا من
باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة معا
إلا أن الجمهور رأوا أن الغرض من الخرص ... [illegible]

ليعملوا اهل الزكاة قالوا ويحتمل ان يكون تخفيفا ليعلم ما بين كل قوم من الثمار فقال
المخالف قلت اما تخصيص خبر الكرم بالقياس فهو ان فيه ريبة القسمة لما روي ان عبد الله
ابن رواحة كان اذا اخرص من النخل قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلي يعني في قسمة
الثمار لا في قسمة العنب واما تخصيص حديث عائشة الذي رواه ابو داود وقالت
الخرص موضع النصيب الواجب عليهم اذا اكل والحديث هو انها قالت وهي
تذكر شان خيبر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود
فيخرص النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان
وكيفما كان فالذي هو مستثنى من ذلك الاصول هذا الاستثناء ان كان حكما منه
على المسلمين لا بولي والله اعلم ولو صح حديث عتاب بن اسيد لكان
جواز الخرص بينا والله اعلم وحديث عتاب بن اسيد هو انه قال امر رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان نخرص العنب ونأخذ زكاته زبيبا كما نأخذ زكاة النخل
تمرا وحديث عتاب بن اسيد مطعون فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب
ولم يسمع منه ولذلك لم يخرجه ابو داود خرص العنب واختلف الذين اوجبوا الز
كاة في الزيتون في جواز خرصه والسبب في اختلافهم اختلافهم في قياسه
في ذلك على النخل والعنب والخرص عند الجميع هو في الزكاة هو التمر
لا الرطب وكذلك الزبيب والعنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب
الزكاة في الزيتون هو الزيت لا الحب قياسا على التمر والزبيب وقال مالك في
العنب الذي لا يتزبب والزيتون الذي لا يعصران يخرج منهما حبا واما
المسألة الثالثة فان مالكا وابا حنيفة قالا يحسب على الرجل ما اكل
من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب وقال الشافعي لا يحسب عليه ويترك
الخارص لرب المال ما ياكل هو واهله والسبب في اختلافهم تعارض الآثار
في ذلك ومعارضة الكتاب للقياس اما الآثار فما روي من حديث سهل بن ابي حثمة
ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث ابا حثمة خارصا فجاء رجل فقال يا رسول الله
ان ابا حثمة قد زاد علي فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان ابن عمك يزعم انك زدت
عليه فقال يا رسول الله لقد تركت له قدر عرية اهله وما يطعمه المساكين

وما انقص

وما انقص من الربع فقال ان ادكان ابن عمك وابن صعبك وروي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروي عن جابر
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خففوا في الخرص فان في المال العرية والاكلة
والوصية والعامل والنوائب وما وجب في الثمر من الحق واما الكتاب المعارض
لحديث ابي حثمة والقياس اما الكتاب فقوله تعالى كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا
حقه يوم حصاده واما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة اصله سائر الاموال
فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بقدر الواجب في الزكاة والواجب منه في
هذه الاجناس الثلاثة التي الزكاة منها من جنس اعيانها لم يختلفوا انها اذا اخرجت
من الاعيان انفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها ان يخرج بدل العين
القيمة او لا يجوز فقال مالك والشافعي لا يجوز اخراج القيم بدل المنصوص عليه
في الزكاة وقال ابو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه او لم يقدر وسبب الخلاف
هل الزكاة عبادة او حق واجب للمساكين فمن قال عبادة قال ان اخرج من غير تلك
الاعيان لم يجز لانه اذا اتى بالعبادة على غير الجهة المامور بها فهي فاسدة
ومن قال هي حق للمساكين لم يفرق بين القيمة والعين وقد قالت الشافعية
لنا ان نقول وان سلمنا انه حق للمساكين ان الشارع انما علق الحق بالعين قصدا منه
لتشريك الفقراء مع الاغنياء في اعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر
اعيان الاموال تسهيلا على ارباب الاموال لان كل ذي مال انما يسهل عليه الاخراج
من نوع المال الذي بيده ولذلك جاء في بعض الآثار انه جعل في الدية على اهل الحلل
حللا هذا ما رايناه في كتاب الوجوب **الجملة الرابعة** في وقت الزكاة واما وقت
الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزكاة في الذهب والفضة والماشية
الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولانتشاره في الصحابة رضي الله عنهم ولانتشار
العمل به واعتقادهم ان مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز ان يكون الا عن توقيف
وقد روي مرفوعا من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا زكاة في مال حتى
يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه في الصدر الاول خلاف
الا ما روي عن ابن عباس ومعاوية وسبب الخلاف انه لم يرو في ذلك حديث ثابت واختلفوا

من هذا الباب في مسائل ثمانية مشهورة احدها هل يشترط الحول في المعدن اذا قلنا
ان الواجب فيه ربع العشر الثانية في اعتبار حول ربح المال الثالثة حول الفوائد
على ما تجب فيه الزكاة الرابعة في اعتبار حول العبيد اذا قلنا ان فيه الزكاة
الخامسة في اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة السادسة في حول فوائد
الماشية السابعة في حول نسل الغنم اذا قلنا انها تضم الى الامهات اما على
راي من يشترط ان تكون الامهات نصابا وهو الشافعي وابو حنيفة واما على
مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك الثامنة في جواز اخراج الزكاة قبل
الحول اما المسألة الاولى وهي المعدن فان الشافعي راعى فيه الحول مع
النصاب ومالك لم يراع فيه النصاب دون الحول وسبب اختلافهم تردد شبهه
بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنيان فمن شبهه
بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنيان اوجب الحول
وتشبيهه بالتبر والفضة ابين والله اعلم واما اعتبار حول ربح المال وهي المسألة
الثانية فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فرأى الشافعي ان حوله يعتبر من
يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا او لم يكن وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز
انه كتب ان لا يعرض لارباب التجارة حتى يحول الحول وقال مالك حول الربح حول الاصل
اي اذا كمل للاصل حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا او اقل من نصاب
اذا بلغ الاصل مع ربحه نصابا وقال ابو عبيد ولم يتابعه عليه احد من الفقهاء الا
وفرق قوم بين ان يكون راس المال الحائل عليه الحول نصابا او لا يكون فقالوا
ان كان نصابا زكى الربح مع راس ماله وان لم يكن نصابا لم يزكه وممن قال بهذا القول
الاوزاعي وابو ثور وابو حنيفة وسبب اختلافهم تردد الربح بين ان يكون حكمه
حكم المال المستفاد او حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل
به الحول ومن شبهه بالاصل وهو راس المال قال حكمه حكم راس المال الا ان من شرط
هذا التشبيه ان يكون راس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان
نصابا ولذلك لا يعجب قياس الربح على الاصل في مذهب مالك وتشبه ان يكون
الذي اعتمده مالك رضي الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم

ايضا مختلف فيه وقد روي عن الاوزاعي مثل قول الجمهور واما المسألة الثالثة و
هي حول الفوائد فانهم اجمعوا على ان المال اذا كان اقل من نصاب واستفيد اليه
مال اخر من غير ربحه فكمل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم
كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده مال اخر قد حال عليه الحول فقال
مالك يزكي المستفاد ان كان نصابا لحوله ولا يضم الى المال الذي وجبت فيه الزكاة
وبهذا القول في الفوائد قال الشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري الفوائد
كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم وسبب
اختلافهم هل حكمه حكم الوارد عليه او حكمه حكم مال لم يرد على مال اخر فمن قال
حكمه حكم مال لم يرد على مال اخر لم يعرض له زكاة قال لا زكاة في الفائدة
ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وانه مال واحد قال الحول الذي على الوارد عليه الزكاة
بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه السلام لا زكاة
في مال حتى يحول عليه الحول يقتضي ان لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكان ابا
حنيفة اعتمد في هذا قياس الفائدة على الماشية ومن اصله الذي يعتمده في هذا
الباب انه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا في جميع اجزائه بل ان يوجد
نصابا في طرفيه فقط وبعضا منه في كله ويعقب انه اذا كان مال في اول الحول
نصابا ثم هلك بعضه فصار اقل من نصاب ثم استفاد في اخر الحول ما صار به
نصابا انه تجب فيه الزكاة وهذا عنده موجود في هذا المال لانه لم يستكمل الحول
وهو في جميع اجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن المعتبر طرفي الحول نصابا
والظاهر ان الحول انما اشترط في المال لانه هو في مال معين لا يزيد ولا ينقص الا بربح
والنماء والغنيمة الا ان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه و
ذلك انما يكون حول على المال الذي لم يتغير عنده فيعلم به حاجته اليه فجعل فيه الزكاة
لان الزكاة انما هي في فضول الاموال واما من راى اشتراط الحول في المال انما
سببه النماء فواجب عليه ان يقول بضم الفوائد فضلا عن الارباح الى الاصول
وان يعتبر النصاب في طرفي الحول فتامل هذا فانه بين والله اعلم وقد ذكرنا
مالك ان من كان عنده في اول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وابو

ايضا

في الحول ما نشأ من نوع ما فيه تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر ايضا
في ذلك الحول على مذهب ابي حنيفة واختلافهما اعني ابا حنيفة في فائدة
الناض القياس على فائدة الماشية على ما قلناه. واما المسألة الرابعة وهي
اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو حول الامهات كانت الا
مهات نصابا او لم تكن كما قال في ربح الناض وقال الشافعي وابو حنيفة وابو ثور
لا يكون حول النسل حول الامهات الا ان تكون الامهات نصابا. وسبب اختلافهم
هو بعينه سبب اختلافهم في ربح المال. واما المسألة الخامسة وهي فوائد
الماشية فان مذهب مالك فيها خلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه
بنى الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل ابو حنيفة في فائدة الدراهم
وفي فائدة الماشية فابو حنيفة مذهبه في الفوائد واحد اعني انها تبنى
على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم او فائدة ناض والارباح عنده والنسل
كالفوائد. واما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين الناض
وفوائد الماشية. واما الشافعي فالارباح عنده والفوائد حكمهما واحد
باعتبار حولها بانفسها وفوائد الماشية ونسلها واحد ايضا باعتبار حولها
بالاصل اذا كان نصابا هذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الثلاثة الفقهاء وكأنه
انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والاصل القياس فيهما واحد اعني
ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هو انه امر ان تعد عليهم
بالسخال ولا ياخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث في باب النصاب. **المسألة**
السادسة واما اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوما قالوا يعتبر
ذلك فيه من اول ما كان دينا فيزكيه لعدة تلك ان كان حولا فحولا وان كان احوالا
فاحوال اعني انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان كان احوالا وجبت فيه الزكاة
لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يزكيه لعام واحد وان اقام الدين احوالا عند
المدين وقوم قالوا يستقبل به الحول فمن قال يستقبل بالدين الحول من يوم
قبضه فلم يقل بايجاب الزكاة في الدين ومن قال فيه الزكاة لعدد الاحوال التي
اقام فيها فهو تشبيه الدين بالمال الحاضر واما من قال الزكاة فيه لحول واحد

وان اقام

182

وان اقام احوالا فلا اعرف له مستندا في وقتي هذا لانه لا يخلو ما دام دينا ان يقول ان فيه زكاة او لا
يقول ذلك فان لم تكن فيه زكاة فلا كلام بل يستانف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو ان يشترط
فيه الحول او لا يشترط فان اشترط فلا بد من اعتبار عدد الاحوال الا ان يقول انما اقتضى حول
لم يتمكن من ادائه سقط عنه ذلك الحول الا في ذلك الحول لان الزكاة وجبت بشيئين
حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الا حق العام الاخير وهذا يشبهه مالك بالعروض
التي للتجارة لانها لا تجب عنده فيها زكاة الا اذا بيعت وان اقامت عنده احوالا كثيرة
وفيه شيء من فائدة الماشية التي لا يأتي الساعي اعواما ثم يأتي فيجدها قد نقصت فانه يزكي
على مذهب مالك الذي وجد لانه لما حال الحول عليها فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة
اذ كان مجيء الساعي شرطا عنده في اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول
في تلك الاعوام السابقة فيما عدا ذلك الحول الحاضر وهو سبب في الاعوام السابقة
كان الواجب فيها اقل او اكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شيء يجري على غير قياس
وانما اعتبر مالك فيه العمل. واما الشافعي فيرى فيه ضمانا لانه يرى مجيء الساعي شرطا
في الوجوب فيرى فيه ضمانا وعلى هذا الحكم انه لا يجوز ان يخرج زكاة ماله الا بعد مجيء الساعي
بعدل الامام او عدل الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة في ذلك الامام ان هلكت بعد انقضاء
الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شيء عليه ومالك تتلخص عنده زكاة الديون في
الثلاثة احوال الديون عنده ما يزكى لعام واحد فقط مثل ديون التجارة ومنها ما يستقبل به
الحول مثل ديون المواريث. والثالث دين المدير وتحصيل قوله في الديون ليس يليق بغرضنا
واما المسألة السابعة وهي حول العروض عند الذين اوجبوا الزكاة في العروض فان مالكا
قال اذا ابتاع العرض زكاه لسنة واحدة كالحال في الدين وذلك عنده في التاجر الذي تنضبط
له اوقات شراء عروضه واما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه وما يشترونه
وهم الذين يخصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء
تجارتهم ان يقوم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذي يرتجى
عليه دين مثله وذلك الاختلاف في قوله في دين المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك
نصابا ادى زكاته وسواء نض له في عامه شيء من العين او لم ينض بلغ نصابا او لم يبلغ
نصابا هذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه انه اذا لم يكن له ناض وكان

يعني بالعروض انه لا زكاة عليه وقال ابن نافع اذا كان الناض لبعض سنة زكى نصابا بكل عليه
في العروض شيء فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من اشترطه والذين اشترطوه منهم
من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك وقال الجمهور الشافعي وابو حنيفة والثوري
والاوزاعي وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وانه من اشترى عرضا للتجارة فحال عليه
الحول قومه وزكاه وقال قوم بل يزكي ثمنه لا قيمته وانما لم يوجب الجمهور على المدير
شيئا لان الحول انما يشترط في عين المال لا في نوعه واما مالك فشبه النوع هاهنا بالعين
ولئلا تسقط الزكاة راسا على المدير وهذا هو بان يكون شرعا زائدا اشبه منه بان يكون
شرعا مستنبطا من شرع ثابت ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل وهو
الذي لا يستند الى اصل منصوص عليه واما المسئلة الثامنة وهي جواز اخراج
الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه ابو حنيفة والشافعي وسبب
الخلاف هل هي عبادة او حق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة
لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الموجلة اجاز اخراجها قبل الاجل على
جهة التطوع وقد احتج الشافعي بحديث علي ان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف صدقة العباس
قبل محلها **الجملة الخامسة** فيمن تجب له الصدقة والكلام في هذا الباب في ثلاثة
فصول الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم الثاني في صفتهم التي تقتضي ذلك الثالث كم يجب
لهم **الفصل الاول** فاما عددهم فهم الثمانية التي نص الله عليهم في قوله تعالى انما
الصدقات للفقراء والمساكين الاية واختلفوا من العدد في مسئلتين احداها هل
يجوز ان تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد ام هم شركاء في الصدقة
لا يجوز ان يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وابو حنيفة الى انه يجوز للامام ان يصرفها
في صنف واحد او اكثر من صنف واحد اذا راى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعي
لا يجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمى الله تعالى وسبب اختلافهم
معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضي القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضي ان يوثر
به اهل الحاجة اذ كان المقصود منها سد الخلة فكان تعديدهم في الاية عند هولاء انما
ورد لتمييز الجنس اعني اهل الصدقات لا تشريكهم في الصدقة فالاول اظهر من جهة
اللفظ وهذا اظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعي ما رواه ابو داود عن الصدائي

مشتبكا
الى اصل منصوص عليه في الشرع الا انه يعقل من المصلحة الشرعية فيه
وهذا [illegible] يعني المصالح [illegible] الى اصول الشرع

ان رجلا

ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم ان يعطيه من الصدقة فقال له رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزاها ثمانية اجزاء
فان كنت من تلك الاجزاء اعطيتك حقك واما المسئلة الثانية فهل المؤلفة قلوبهم
حقهم باق الى اليوم ام لا فقال مالك لا مؤلفة اليوم وقال الشافعي وابو حنيفة حق
المؤلفة باق الى اليوم اذا راى ذلك الامام وهم الذين يتالفهم الامام على الاسلام و
سبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي عليه السلام او عام له ولسائر الامة
والاظهر انه عام وهل يجوز ذلك للامام في كل حال او في حال دون حال اعني في حال
الضعف لا في حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة للمؤلفة الان لقوة الاسلام وهذا
كما قلنا التفات منه الى المصلحة **الفصل الثاني** واما صفاتهم التي يستوجبون
بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر الذي هو ضد الغنى لقوله تعالى
انما الصدقات للفقراء والمساكين واختلفوا في الغني الذي يجوز له الصدقة والذي
لا يجوز وما مقدار الغنى المحرم للصدقة فاما الغني الذي لا تجوز له الصدقة فان الجمهور
على انه لا تجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الا للخمس التي نص النبي صلى الله عليه وسلم
عليهم في قوله لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة لغاز في سبيل الله او لعامل عليها او لغارم
او لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغني وروى ابن القاسم
انه لا يجوز اخذ الصدقة لغني اصلا مجاهدا كان او عاملا والذين اجازوها للعامل
وان كان غنيا اجازوها للقضاة ومن في معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين
ومنهم من لم يجز ذلك الا فيما نص عليه او لا يجوز لغني اصلا وسبب اختلافهم هل العلة
في ايجاب الصدقات للاصناف المذكورين هو الحاجة فقط او الحاجة والمنفعة
العامة فمن اعتبر ذلك باهل الحاجة المنصوص عليهم في الاية قال الحاجة فقط ومن
قال الحاجة والمنفعة العامة اوجب اخذ الصدقة اعتبر المنفعة بالعامل والحاجة
بسائر الاصناف المنصوص عليهم واما حد الغنى الذي يمنع من الصدقة فذهب الشافعي
الى ان المانع من الصدقة هو اقل ما ينطلق عليه الاسم وذهب ابو حنيفة
الى ان الغنى هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم الرسول اغنياء لقوله عليه
السلام في حديث معاذ له فاخبرهم ان الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم
وترد على فقرائهم واذا كان الاغنياء هم اهل نصاب وجب ان يكون الفقراء ضدهم
وقال مالك ليس في ذلك حد انما هو راجع الى الاجتهاد وسبب اختلافهم هل المعنى

حوم

المانع هو معنى شرعي او معنى لغوي فمن قال المعنى الشرعي قال وجود النصاب هو الغنى
ومن قال معنى لغوي اعتبر في ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم فمن راى ان اقل ما
ينطلق عليه الاسم هو محدود في كل وقت وفي كل شخص جعل حده هذا ومن راى انه غير محدود
وان ذلك يختلف باختلاف الحاجات والاشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك
قال هو غير محدود وان ذلك راجع الى الاجتهاد وخرج ابو داود في حد
الغنى الذي يمنع الصدقة عن النبي عليه السلام انه من ملك خمسين درهما وفي اثر اخر
من له اوقية وهي اربعون درهما واحسب ان قوما قالوا بهذه الاثار في حد الغنى
واختلفوا ايضا في صفة الفقير والمسكين والفصل الذي بينهما فقال الجمهور
الفقير احسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من اصحاب مالك وقال الاخرون
المسكين احسن حالا من الفقير وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي في احد قوليه
وفي قوله الثاني اسماء دالة على معنى واحد والى هذا ذهب ابن القاسم وهذا الذي
هو لغوي ان يكون لهما دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة ان يكونا اسمين دالين
على معنى واحد يختلف بالاقل والاكثر في كل واحد منهما لا ان هذا راجع الى جنس غير
العدد الذي انبنى عليه واختلفوا في قوله تعالى وفي الرقاب فقال مالك هم العبيد
يعتقهم الامام ويكون ولاؤهم للمسلمين وقال الشافعي وابو حنيفة هم المكاتبون واما ابن السبيل
فهو المسافر في طاعة ينفد زاده فلا يجد ما يبلغه ويعطى بقدر ما يبلغه بلده وابن
السبيل تحل له الصدقة واما في سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط
وبه قال ابو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعي هو الغازي جار
الصدقة وانما اشترط جوار الصدقة لانه عنده انه لا يجوز نقل الصدقة من بلد
الى بلد الا من ضرورة. **الفصل الثالث** واما قدر ما يعطى منها فاما الغارم فيعطى
ما عليه اذا كان دينه في طاعة وفي غير سرف بل في امر ضروري وكذلك ابن السبيل
يعطى ما يحمله الى بلده ويشبه ان يكون ما يحمله الى مغزاه عند من جعل ابن السبيل
الغازي واختلفوا في مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك
حدا وصرفه الى الاجتهاد وبه قال الشافعي وقال سواء كان ما يعطى من ذلك نصابا
او اقل من نصاب وكره ابو حنيفة ان يعطى احد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة
وقال الثوري لا يعطى احد اكثر من خمسين درهما وقال الليث يعطى ما يبتاع به
خادما اذا كان ذا عيال وكانت الزكاة كثيرة وكان الذين هم مجمعون على انه

لا يجب

184

لا يجب ان يعطى عطية يصير بها من الغنى في مرتبة من لا تجوز له الصدقة لان ما حصل
له فوق الكفاية من المال فهو والغني الذي هو به من اهل الصدقة في صنف واحد ومن اتى
الغنى فهو حرام عليه وانما اختلفوا في ذلك لاختلافهم في حد الغنى وفي هذه
المسألة كأنها تنبني على معرفة اول مراتب الغنى. واما العامل عليها
فلا خلاف عند الفقهاء انه انما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا ان نثبته في هذا الكتاب
وان تذكر شيئا مما يشاكل غرضنا الحقناه به ان شاء الله

كتاب زكاة الفطر

والكلام في هذه الزكاة يتعلق بفصول احدها في معرفة حكمها و
الثاني في معرفة من تجب عليه وعمن تجب والثالث كم يجب عليه ومما
ذا يجب عليه والرابع متى تجب عليه والخامس من تجوز له. **الفصل**
الاول فاما زكاة الفطر فالجمهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين
من اصحاب مالك الى انها سنة وبه قال بعض اهل العراق وقال قوم هي منسوخة
بالزكاة. وسبب اختلافهم تعارض الاثار في ذلك وذلك انه ثبت من حديث
ابن عمر انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من
رمضان صاعا من تمر او صاعا من شعير على كل حر او عبد ذكر او انثى من
المسلمين وظاهر هذا يقتضي الوجوب على مذهب من يحمل الصاحب في حمل
الوجوب او الندب من امره عليه السلام اذا لم يحتمل الصلة وثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الاعرابي المشهور وذكر رسول
الله صلى الله عليه وسلم الزكاة فقال هل علي غيرها قال لا الا ان
تطوع فذهب الجمهور الى ان هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة
المفروضة وذهب الغير الى انها غير داخلة واحتجوا في ذلك بما
روي عن قيس بن سعد بن عبادة انه قال كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يأمرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت اية الزكاة لم نؤمر بها
ولم ننه ونحن نفعله. **الفصل الثاني** فيمن تجب عليه وعمن تجب و
اجمعوا ان المسلمين مخاطبون بها ذكرانا واناثا صغارا وكبارا عبيدا
واحرارا لحديث ابن عمر المتقدم الا ما شذ فيه الليث فقال ليس على اهل

العمود زكاة الفطر وانما هي على اهل القرى ولا حجة له وما شذ ايضا من
قول من لم يوجبها على اليتيم واما عمن تجب فانهم اتفقوا على انها تجب على
المرء في نفسه وانها زكاة بدن لا زكاة مال وانها تجب في ولده الصغار
عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا
فيما سوى ذلك والجمهور منهم مالك انها تلزم الرجل عمن الزمه
الشرع النفقة عليه ووافقه في ذلك الشافعي وانما يختلفان
من قبل اختلافهم فيمن يلزم المرء نفقته اذا كان معسرا او ممن يلزمه
وخالف ابو حنيفة في الزوجة وقال تؤدي عن نفسها وخالفه ابو ثور
في العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم
يزك عنه سيده وبه قال الشافعي وابو حنيفة ومالك وقال في
الحسن هي على الاب وان اعطاها من مال الابن جاز ومن وليس
من شرط هذه الزكاة الغنى عند اكثرهم ولا النصاب بل ان يكون
فضلا عن قوته وقوت عياله وقال ابو حنيفة واصحابه لا تجب
على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع ان تجوز له وان تجب عليه
وذلك بين والله اعلم وانما اتفق الجمهور على ان هذه
الزكاة ليست ملزمة للمكلف مكلف في ذاته فقط كالحال
في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لايجابها على الصغير
والعبد فمن فهم من هذا ان علة الحكم الولاية قال الولي يلزمه
اخراج الصدقة عن كل من يليه ومن فهم من هذا النفقة قال
المنفق يجب ان يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما
عرض هذا الاختلاف لانه اتفق في الصغير والعبد وهما الخلتان
فيهما على ان الزكاة ليست متعلقة بذات المكلف فقط بل ومن
قبل غيره ان وجدت الولاية فيهما ووجوب النفقة فذهب
مالك الى ان العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب ابو حنيفة
الى ان العلة الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقد روي مرفوعا

ادوا زكاة الفطر عمن تمونون ولكنه غير مشهور واختلفوا في العبيد في مسائل
احداها كما قلنا وجوب زكاته على السيد اذا كان له مال وذلك مبني على انه
يملك او لا يملك والثانية في العبد الكافر هل تؤدى عنه زكاة او لا فقال مالك
والشافعي واحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه
الزكاة فيه والسبب في اختلافهم في الزيادة الواردة في حديث ابن عمر
وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيه نافع وكان ابن عمر ايضا الذي روى
الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبيد الكفار وللخلاف ايضا سبب
آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في العبد هل هي لمكان ان العبد مكلف
او انه مال فمن قال لمكان انه مكلف اشترط له الاسلام ومن قال لمكان انه
مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على ان العبد اذا اعتق ولم
يخرج عنه مولاه زكاة الفطر انه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات
والثالثة في المكاتب فان مالكا وابا ثور قالوا يؤدي عنه سيده زكاة
الفطر وقال الشافعي وابو حنيفة واحمد لا زكاة عليه فيه وسبب اختلافهم
تردد المكاتب بين الحر والعبد والرابعة في عبيد التجارة ذهب مالك والشافعي
واحمد الى ان على السيد فيهم زكاة الفطر وقال ابو حنيفة وغيره ليس في
عبيد التجارة صدقة وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم
اسم العبد يقتضي وجوب الزكاة في عبيد التجارة وعند ابي حنيفة ان هذا العموم
مخصص بالقياس وهو ان لا تجتمع زكاتان في مال واحد وكذلك اختلفوا في
عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة

الفصل الثالث

واما ماذا تجب فان
قوما ذهبوا الى انها تجب اما من البر او التمر او الشعير او الزبيب او الاقط
وان ذلك على التخيير للذي تجب عليه وقوم ذهبوا الى ان الواجب هو غالب
قوت البلد او قوت المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذي حكاه عبد
الوهاب عن المذهب والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث ابي سعيد
الخدري انه قال كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا

بلغ

من طعام او صاعا من شعير او صاعا من اقط او صاعا من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير
قال اي اخرج من هذه اجزا عنه ومن فهم منه ان اختلاف المخرج ليس تخييرا للاباحة وانما
سببه اعتبار قوت المخرج او قوت غالب البلد قال بالقول الثاني واما كم يجب فان
العلماء اتفقوا على انه لا يودى في زكاة الفطر من التمر والشعير اقل من صاع لثبوت ذلك
في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يودى من القمح فقال مالك والشافعي لا يجزئ منه اقل من
صاع وقال ابو حنيفة واصحابه يجزئ من البر نصف صاع والسبب في اختلافهم تعارض الاثار
وذلك انه جاء في حديث ابي سعيد الخدري انه قال كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله
صاعا من طعام او صاعا من شعير او صاعا من اقط او صاعا من تمر او صاعا من زبيب وظاهره انه
اراد بالطعام القمح وروى الزهري ايضا عن ابن ابي صعير عن ابيه ان رسول الله قال في صدقة الفطر
صاع من بر بين اثنين او صاع من شعير او تمر عن كل واحد خرجه ابو داود وروي عن ابن المسيب
انه قال كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله نصف صاع من حنطة او صاعا من شعير او تمر
فمن اخذ بهذه الاحاديث قال نصف صاع من البر ومن اخذ بظاهر حديث ابي سعيد وقاس
البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب **الفصل** الرابع واما متى تجب اخراج زكاة
الفطر فانهم اتفقوا على انها تجب في اخر رمضان لحديث ابن عمر فرض رسول الله زكاة الفطر
من رمضان واختلفوا في تحديد الوقت فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر
من يوم الفطر وروى عنه اشهب انها تجب بغروب الشمس من اخر يوم من رمضان وبالاول
قال ابو حنيفة وبالثاني قال الشافعي وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعلقة بيوم العيد
او بخروج رمضان لان ليلة العيد ليست من رمضان وفائدة هذا الاختلاف في المولود يولد قبل
الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه ام لا **الفصل** الخامس واما لمن
تصرف فاجمعوا انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه السلام اغنوهم عن
السوال في هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة فالجمهور
على انها لا تجوز لهم وقال ابو حنيفة تجوز وسبب اختلافهم
هل سبب جوازها هو الفقر فقط او الفقر والاسلام
فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها للذميين ومن قال الفقر
فقط اجازها لهم واشترط قوم في اهل الذمة الذين يجوز لهم ان يكونوا
رهبانا واجمع المسلمون على ان زكاة الاموال لا تجوز لاهل الذمة لقوله
عليه السلام تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم

كتاب الجهاد

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في جملتين
الجملة الاولى في معرفة اركان الحرب الثانية في احكام اموال المحاربين اذا تملكها
المسلمون **الجملة الاولى** وهذه الجملة فيها فصول سبعة احدها معرفة حكم
هذه الوظيفة ولمن تلزم الثاني معرفة الذين يحاربون الثالث معرفة ما يجوز من
النكاية في صنف صنف من اصناف اهل الحرب الرابع معرفة شروط جواز الحرب الخامس
معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم السادس هل تجوز المهادنة السابع لماذا يحا-
ربون **الفصل الاول** فاما حكم هذه الوظيفة فاجمع العلماء على انها فرض على
الكفاية لا فرض عين الا عبد الله بن الحسن فانه قال انه تطوع وانما صار الجمهور
لكونه فرضا لقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم الاية واما كونه فرضا
على الكفاية اعني انه اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى وما كان
المومنون لينفروا كافة وقوله وكلا وعد الله الحسنى ولم يخرج قط رسول
الله صلى الله عليه وسلم الا وترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك
كون هذه الوظيفة فرضا على الكفاية واما على من تجب فهم الرجال الاحرار البالغون
الذين يجدون بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمنى وذلك لا خلاف فيه لقوله
تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقوله ليس
على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون الاية واما كون
هذه الوظيفة تختص بالاحرار فلا اعرف فيه خلافا وعامة الفقهاء متفقون
على ان من شرط هذه الفريضة اذن الابوين فيها الا ان يكون عليه فرض عين
مثل ان لا يكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والاصل في هذا ما ثبت
ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اريد الجهاد فقال احي والداك
قال نعم قال ففيهما فجاهد واختلفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك
اختلفوا في اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه السلام وقد ساله الرجل
ايكفر الله عني خطاياي ان مت صابرا محتسبا في سبيل الله فقال نعم الا الدين
كذا اخبرني به جبريل والجمهور على جوازه وخاصة اذا خلف وفاء بدينه

الفصل الثاني

وأما الذين يحاربون فاتفقوا على أنهم جميع المشركين لقوله تعالى
وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله إلا ما روي عن مالك أنه لا يجوز
ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روي أنه عليه السلام قال ذروا الحبشة ما وذرتكم
وقد سئل مالك عن صحة هذا الأثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون
غزوهم

الفصل الثالث

وأما ما يجوز من النكاية في العدو فإن
النكاية لا تخلو أن تكون في الأموال أو في النفوس أو في الرقاب أعني الاستعباد
والتملك فأما النكاية التي هي الاستعباد فهي جائزة بطريق الإجماع في جميع أنواع
المشركين أعني ذكرانهم وإناثهم شيوخهم وشبانهم صغارهم وكبارهم إلا الرهبان
فإن قوما رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا بل يتركوا دون أن يعرض إليهم لا بقتل ولا با
استعباد اتباعا لفعل أبي بكر وأكثر العلماء على أن الإمام مخير في الأسارى في
خصال منها أن يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن يأخذ منهم
الفداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الأسير وحكى الحسن
ابن محمد التميمي أنه إجماع الصحابة والسبب في اختلافهم معارضة
ظاهر الكتاب في هذا للفعل عليه السلام وذلك أن ظاهر قوله تعالى فإذا لقيتم الذين
كفروا فضرب الرقاب الآية أنه ليس للإمام بعد الأسر إلا المن أو الفداء وقوله تعالى
ما كان لنبي أن يكون له أسرى الآية والسبب الذي نزلت فيه من
أسارى بدر يدل على أن القتل أفضل من الاستعباد وأما هو عليه السلام فقد
قتل الأسارى في غير موطن وقد من واستعبد النساء وحكى أبو عبيد أنه لم يستعبد
أحرار ذكور العرب وأجمعت الصحابة بعده عليه السلام على استعباد أهل
الكتاب ذكرانهم وإناثهم فمن رأى أن الآية الخاصة بفعل الأسارى ناسخة لفعله
قال لا يقتل الأسير ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الأسير ولا المقصود
منها حصر ما يفعل بالأسارى بل فعله عليه السلام هو حكم زائد على ما في الآية
قال بجواز قتل الأسير والقتل إنما يجوز إذا لم يكن يؤخذ بعد تأمين وهذا لا
خلاف فيه بين المسلمين وإنما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز واتفقوا على جواز

تأمين

تأمين الإمام وجمهور العلماء على جواز أمان الرجل الحر المسلم إلا ما كان يرى
ابن الماجشون أنه موقوف على إذن الإمام واختلفوا في أمان العبد وأمان المرأة
فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان أمان المرأة موقوف على
إذن الإمام وقال أبو حنيفة لا يجوز أمان العبد إلا أن يقاتل والسبب في اختلافهم
معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ
دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب
عموم أمان العبد وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الأمان من شرطه
الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب أن يكون للعبودية تأثير في إسقاطه
قياسا على تأثيرها في إسقاط كثير من الأحكام الشرعية وأن يخصص ذلك
العموم بهذا القياس وأما اختلافهم في أمان المرأة فسبب اختلافهم في مفهوم
قوله عليه السلام قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ وقياس المرأة في ذلك على
الرجل وذلك أن منهم من فهم من قوله عليه السلام قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ
إجازة أمانها لا صحته في نفسه وأنه لولا إجازته لم يؤثر في ذلك الكلام يؤثر قال
لا أمان للمرأة إلا أن يجيزه الإمام ومنهم من فهم من ذلك أن إمضاءه أمانها إنما
كان من جهة أنه قد كان انعقد وأثر لا من جهة أن إجازته هي التي صححته
قال أمان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما
فرقا في ذلك أجاز أمانها ومن رأى أنها ناقصة عن الرجل لم يجز أمانها وكيفما
كان فالأمان غير مؤثر في استعباد النساء أو لا يعني بحسب الفرق
الشرعي وأما النكاية التي تكون في النفوس فهي القتل ولا خلاف
بين المسلمين أنه يجوز في الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين وأما
القتل بعد الأسر ففيه الخلاف الذي ذكرناه وكذلك لا خلاف بينهم في أنه لا يجوز
قتل صبيانهم ولا نسائهم ما لم تقاتل المرأة فإذا قاتلت استبيح دمها وذلك
لما ثبت أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال في امرأة مقتولة
ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا في أهل الصوامع المنتزعين عن

الناس والشيخ والعميان والزمنا والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث
والعسيف فقال مالك لا يقتل الاعمى ولا المعتوه ولا اصحاب الصوامع ويترك
من اموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفاني عنده وبه قال ابو حنيفة
واصحابه والثوري والاوزاعي لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعي لا يقتل الحراث وقال الشافعي
في الاصح عنه يقتل جميع هذه الاصناف والسبب في اختلافهم معارضة بعض الاثار
بخصوصها لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه السلام الثابت امرت ان اقاتل الناس حتى
يقولوا لا اله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم يقتضي قتل كل مشرك راهبا كان او غيره وكذلك قوله عليه
السلام امرت ان اقاتل الناس واما الاثار التي وردت باستبقاء هذه الاصناف فمنها
ما رواه ابو داود من [illegible] الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان اذا بعث جيوشه قال لا تقتلوا اصحاب الصوامع ومنها ايضا ما روي عن انس
بن مالك عن النبي عليه السلام لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة ولا تغلوا خرجه ابو داود
ومن ذلك ايضا ما رواه مالك عن ابي بكر انه قال ستجدون قوما زعموا انهم حبسوا انفسهم
لله فدعهم وما حبسوا انفسهم اليه [illegible] ولا تقتلوا امراة ولا صبيا ولا كبيرا ولا هرما
ويشبه ان يكون السبب الاملك في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة قوله تعالى وقاتلوا
في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين لقوله تعالى فاذا انسلخ
الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين فمن راى ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقاتلوا في سبيل
الله الذين يقاتلونكم لان القتال اولا انما ابيح لمن يقاتل قال الاية على عمومها ومن راى ان قوله
وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف
الذين لا يقاتلون استثناها من عموم تلك وقد احتج الشافعي بحديث سمرة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم وكان
العلة الموجبة للقتل عنده انما هي الكفر فوجب ان يطرد هذه العلة في جميع
الكفار واما من ذهب الى انه لا يقتل الحراث فانه احتج في ذلك بما روي عن زيد بن وهب
قال اتانا كتاب عمر رضي الله عنه لا تغلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا واتقوا
الله

الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهي عن قتل العسيف
المشرك وذلك انه قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة [illegible]
عليهم فقال ما كانت هذه عرفها من رباح واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
على امراة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل
ثم نظر في وجوه القوم فقال لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا
ولا امراة والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم في العلة الموجبة للقتل فمن زعم
ان العلة في ذلك الكفر لم يستثن احدا من المشركين ومن زعم ان العلة في ذلك
اطاقة القتال للنهي عن قتل النساء لعلهم كفار استثنى من لم يطق القتال او لم
ينصب نفسه اليه في الفلاح والعسيف اعني الاجير وصح النهي عن المثلة واتفق المسلمون
على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا في تحريقهم بالنار فكره قوم تحريقهم بالنار
ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك واجاز ذلك سفيان الثوري وقال بعضهم
ان ابتدا العدو بذلك جاز والا فلا والسبب في اختلافهم معارضة العموم
للخصوص اما العموم فقوله فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولم يستثن
قتلا من قتل واما الخصوص فما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل
ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واتفق
عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية
او لم يكن لما جاء ان النبي عليه السلام نصب المنجنيق على اهل الطائف واما اذا كان
الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميهم
بالمنجنيق وبه قال الاوزاعي وقال الليث ذلك جائز ومعتمد من لم يجز ذلك
قوله تعالى لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا اليما واما من اجاز ذلك
فكانه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكاية التي يجوز ان يبلغ بهم في نفوسهم ورقابهم
واما النكاية التي تجوز في اموالهم وذلك في المباني والحيوان والنبات فانهم اختلفوا
في ذلك فاجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ولم يجز قتل المواشي ولا تحريق
النخل وكره الاوزاعي قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان او غير ذلك

وقال الشافعي تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم تكن لهم معاقل والسبب في اختلافهم مخالفة فعل ابي بكر في ذلك لفعله صلى الله عليه وسلم وذلك انه ثبت انه عليه السلام حرق نخل بني النضير وثبت عن ابي بكر انه قال لا تقطعن شجرا ولا تخربن عامرا فمن ظن ان فعل ابي بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على ابي بكر ان يخالفه مع علمه بفعله او رأى ان ذلك كان خاصا ببني النضير لمكان غزوهم قال بقول ابي بكر ومن اعتمد فعله عليه السلام ولم ير قول احد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثلة وقد نهي عن المثلة ولم يأت عنه عليه السلام انه قتل لهم حيوانا فهذا هو معرفة النكاية التي يجوز ان تبلغ من الكفار في اموالهم ونفوسهم

الفصل الرابع

واما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق اعني انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شيء مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا واما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فانهم اختلفوا في ذلك فمنهم من اوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك انه ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لاميرها اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال او خلال فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم انهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان اجابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم الجمهور

من ذهب

من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في اول الاسلام قبل ان تنتشر الدعوة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومنهم من استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع

الفصل الخامس

واما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهو الضعف وذلك مجتمع عليه لقوله تعالى الآن خفف الله عنكم وعلم ان فيكم ضعفا فان تكن منكم مائة صابرة الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ان الضعف انما يعتبر في القوة لا في العدد وانه يجوز ان يفر الواحد عن واحد اذا كان اعتق جوادا منه واجود سلاحا واشد قوة

الفصل السادس

واما هل تجوز المهادنة فان قوما اجازوها ابتداء من غير سبب اذا رأى ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة او غير ذلك اما بشيء ياخذونه منهم لا على حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها ان تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم احكام المسلمين واما بلا شيء ياخذونه منهم وكان الاوزاعي يجيز ان يصالح الامام الكفار على شيء يدفعه المسلمون الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة او غير ذلك من الضرورات وقال الشافعي لا يعطي المسلمون الكفار شيئا الا ان يخافوا ان يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم او لمحنة نزلت بهم وممن قال باجازة الصلح اذا رأى ذلك الامام مالك والشافعي وابو حنيفة الا ان الشافعي لا يجوز عنده الصلح لاكثر من المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية وسبب اختلافهم في جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله فمن رأى ان آية الامر بالقتال حتى يسلموا او يعطوا الجزية ناسخة لآية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى ان آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز اذا رأى ذلك الامام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك ان صلحه عام الحديبية لم يكن لموضع ضرورة وأما الشافعي فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا او يعطوا

الجزية وكان هذا مخصوصا عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم يجز ان يزاد على
المدة التي صالح عليها صلى الله عليه وسلم وقد اختلف في هذه المدة فقيل كانت
اربع سنين وقيل ثلاث وقيل عشر وبه قال الشافعي واما من جاز ان يصالح
المسلمون المشركين بان يعطوهم المسلمون شيئا اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة
او غير ذلك فمصيرا الى ما روي انه كان عليه السلام قد هم ان يعطي بعض تمر المدينة لبعض
الكفار الذين كانوا في جملة الاحزاب لتخذيلهم فلم يوافقوه على القدر الذي كان سمح
لهم به من تمر المدينة حتى افاء الله بالنصر واما من لم يجز ذلك الا ان يخاف المسلمون
ان يصطلموا فقياسا على اجماعهم على جواز فداء اسارى المسلمين لان المسلمين اذا صاروا
في هذا الحد فهم بمنزلة الاسارى **الفصل السابع** فاما لماذا يحاربون فاتفق
المسلمون على ان المقصود بالمحاربة لاهل الكتاب ما عدا اهل الكتاب من قريش
ونصارى العرب هو احد امرين اما الدخول في الاسلام واما اعطاء الجزية لقوله تعالى
قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله
ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
وكذلك اتفق عامة الفقهاء على اخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم
سنوا بهم سنة اهل الكتاب واختلفوا فيما سوى اهل الكتاب من المشركين هل
تقبل منهم الجزية ام لا فقال قوم تؤخذ منهم الجزية من كل مشرك وبه قال مالك
وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعي وابو ثور وجماعة لا تؤ
خذ الا من اهل الكتاب والمجوس **والسبب** في اختلافهم معارضة العموم
للخصوص اما العموم فقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين
كله لله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله
الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها واما الخصوص
فقوله لامراء السرايا الذين كان يبعثهم الى مشركي العرب ومعلوم انهم كانوا
غير اهل الكتاب فاذا لقيت عدوك فادعهم الى ثلاث خصال فذكر الجزية
فيها وقد تقدم الحديث فمن راى ان العموم اذا تاخر عن الخصوص فهو ناسخ

له قال

له قال لا تقبل الجزية من مشرك ما عدا اهل الكتاب لانه رأى ان الامر بقتالهم على العموم
هو متاخر عن ذلك الحديث وذلك ان الامر بقتال المشركين عامة هو في سورة براءة وذلك
عام الفتح وذلك ان الحديث انما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن راى
ان العموم يبنى على الخصوص تقدم او تاخر وجهل التقدم والتاخر بينهما قال
تقبل الجزية من جميع المشركين واما تخصيص اهل الكتاب من بين سائر
المشركين فخارج من ذلك العموم باتفاق مخصوص بقوله تعالى من الذين اوتوا
الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وسياتي القول في الجزية واحكامها
في الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هي اركان الحرب ومما يتعلق
بهذه الجملة من المسائل المشهورة النهي عن السفر بالقرآن الى ارض
العدو وعامة الفقهاء على ان ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم **وقال** ابو حنيفة يجوز في العساكر المامونة
والسبب في اختلافهم هل النهي عام اريد به العام او عام اريد
به الخاص **الجملة الثانية** والقول المحيط باصول هذه الجملة
ينحصر في سبعة فصول الاول في حكم الخمس والثاني في حكم الاربعة
الاخماس الثالث في حكم الانفال الرابع في حكم ما وجد من اموال المسلمين
عند الكفار الخامس في حكم الارضين السادس في حكم الفيء السابع في احكام
الجزية والمال الذي يؤخذ منهم على طريق الصلح **الفصل الاول**
اتفق المسلمون على ان الغنيمة التي تؤخذ قهرا من ايدي الروم ما
عدا الارضين ان خمسها للامام واربعة اخماسها للذين غنموها
لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الاية **واختلفوا** في الخمس
على اربعة مذاهب مشهورة احدها ان الخمس يقسم خمسة اخماس
على نص الاية وبه قال الشافعي والقول الثاني انه يقسم اربعة
اخماس وان قوله تعالى فان لله خمسه هو مفتاح كلام وليس
هو قسم خامس والقول الثالث انه يقسم اليوم ثلاثة اقسام وان

سهم النبي وذوي القربى سقطا بموت النبي صلى الله عليه وسلم والقول الرابع
ان الخمس بمنزلة الفيء يعطى منه الغني والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء
على قسمته والذين قالوا يقسم اربعة اخماس او خمسة اختلفوا فيما يفعل
بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال
قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي
الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم
ذوي القربى لقرابة الامام وقال قوم بل يجعلان في السلاح والعدة
واختلفوا في القرابة من هم فقال قوم بنو هاشم فقط وقال قوم بنو
عبد المطلب وبنو هاشم وسبب اختلافهم هل الخمس يقتصر على الاصناف
المذكورين ام يعدى لغيرهم وهل ذكر تلك الاصناف في الاية المقصود منه تعيين
الخمس لهم ام قصد التنبيه بهم على غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص اريد به العام
فمن رأى انه من باب الخاص اريد به الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الاصناف
المنصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رأى انه من باب الخاص اريد به
العام قال يجوز للامام ان يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج
من رأى ان سهم النبي عليه السلام هو للامام بعده بما روي عنه عليه
السلام انه قال اذا اطعم الله نبيا طعمة فهو للخليفة بعده واما
من صرفه على الاصناف الباقين او الغانمين فتشبيها بالصنف المحبس
عليهم واما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو عبد المطلب فانه احتج
بحديث جبير بن مطعم قال انما بنو المطلب وبنو هاشم صنف واحد
ومن قال بنو هاشم فقط قال لانهم الذين لا تحل لهم الصدقة واختلف
العلماء في سهم النبي عليه السلام من الخمس فقال قوم فقط ولا خلاف
عندهم في وجوب الخمس له غاب عن القسمة او حضرها وقال قوم الخمس
والصفي وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شيء كان يصطفيه
من رأس الغنيمة فرس او امة او عبد وروي ان صفية كانت من الصفي

واجمعوا

الخامس

واجمعوا على ان الصفي ليس لاحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم الا ابا ثور فانه قال
يجري مجرى سهم النبي عليه السلام **الفصل الثالث** واجمع جمهور العلماء
على ان اربعة اخماس الغنيمة للغانمين اذا خرجوا باذن الامام واختلفوا في الخارج
بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكم يجب
وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم فالجمهور على ان اربعة اخماس الغنيمة
للذين غنموها خرجوا باذن الامام او بغير اذنه لعموم قوله تعالى واعلموا
انما غنمتم من شيء الاية وقال قوم اذا خرجت السرية او الرجل الواحد
بغير اذن الامام فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه
كله الغانم فالجمهور تمسكوا بظاهر الاية وهؤلاء كانهم اعتمدوا صورة
الفعل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ان جميع
السرايا انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكانهم رأوا ان اذن الامام
في ذلك شرط وهو ضعيف واما من له السهم من الغنيمة فاتفقوا على الذكور
الاحرار البالغين واختلفوا في اضدادهم اعني النساء والعبيد ومن لم يبلغ
من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ في
الغنيمة ولكن يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ لهم
ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين وهو قول
الاوزاعي وكذلك اختلفوا في الصبي المراهق فمنهم من قال يقسم له
وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط في ذلك ان يطيق القتال وهو
مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له وسبب اختلافهم في العبيد
هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معا ام الاحرار فقط
دون العبيد وايضا فعمل الصحابة يعارض عموم الاية وذلك انه
انتشر فيهم رضي الله عنهم ان العلماء لا سهم لهم روي ذلك عن عمر بن الخطاب
وابن عباس ذكره ابن ابي شيبة من طرق وصححها قال ابو عمر بن عبد البر
اصح ما روي من ذلك عن عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار

عن ابن شهاب عن مالك بن اوس بن الحدثان قال قال عمر ليس احد اولى بهذا
المال من احد الا ما ملكت ايمانكم واما النساء فالجمهور على انه لا يسهم لهن
ومن حجة من لم يعطهن شيئا ام عطية قالت كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
فنداوي الكلمى ونقوم على المرضى وكان يرضخ لنا من الغنيمة وسبب
اختلافهم معارضة العموم لتشبيه المرأة بالرجل في كونها اذا غزت لها
تأثير في الحرب فانهم اتفقوا على ان النساء مباح لهن الغزو فمن شبههن بالرجال
اوجب لهن نصيبا في الغنيمة ومن رأى انهن انقص من الرجال في هذا
المعنى اما لم يوجب لهن شيئا واما اوجب لهن دون حظ الغانمين وهو
الارضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم اسهم للنساء بخيبر وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم
ام لا فقال مالك لا يسهم لهم الا ان يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا
القتال وسبب اختلافهم تخصيص عموم قوله تعالى واعلموا انما
غنمتم من شيء بالقياس الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك
ان من رأى ان التجار والاجراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم
يقصدوا القتال وانما قصدوا اما التجارة واما الاجارة استثناهم من
ذلك العموم ومن رأى ان العموم اقوى من هذا القياس اجرى العموم
على ظاهره ومن حجة من استثناهم ما خرجه عبد الرزاق ان عبد الرحمن
بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين ان يخرج معه فقال نعم فوعده
فلما حضر الخروج دعاه فابى ان يخرج معه واعتذر له بامر عياله واهله
فاعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا العدو سأل
الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغنم فقال له عبد الرحمن سأذكر امرك لرسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكره له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة
الدنانير حظه ونصيبه من غزوته في امر دنياه وآخرته وخرج مثله

ابو داود عن يعلى بن منية ومن اجاز له القسم شبهه بالجعائل ايضا وهو
وهو قول يجيز اهل الديوان بعضهم بعضا اعني يجيز القاعد منهم للغازي وقد اختلف
العلماء في الجعائل فاجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من اجازها اذا كانت من السلطان وقد
او اذا كانت ضرورة وبه قال ابو حنيفة والشافعي واما الشرط الذي يجب به للمجاهد
السهم من الغنيمة فان الاكثر على انه اذا شهد القتال وجب له السهم وان
لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم في الغنيمة وبهذا قال الجمهور
وقال قوم اذا لحق المغنم قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام وجب له حظه من الغنيمة
وان لم يشهد القتال وهو قول ابي حنيفة والسبب في اختلافهم
سببان القياس والآثار اما القياس فهل يلحق تأثير الغازي في الحفظ بتأثيره
في الاخذ وذلك ان الذي شهد القتال له تأثير في الاخذ اعني في اخذ الغنيمة
والذي جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تأثير في الحفظ
فمن شبه التأثير في الحفظ بالتأثير في الاخذ قال يجب له المغنم وان لم يحضر
القتال ومن رأى ان الحفظ اضعف لم يوجب له واما الآثار الواردة في ذلك فانها
متعارضة احدها ما روي عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعث ابان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم ابان واصحابه على النبي
صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحوها فقال ابان اقسم لنا يا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والاثر
الثاني ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر ان عثمان انطلق
في حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم
ولم يضرب لاحد غاب غيره قالوا فوجب له السهم لان اشتغاله كان بسبب
الامام قال ابو بكر ابن المنذر وثبت ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال الغنيمة
لمن شهد الوقيعة واما السرايا التي تخرج من العساكر فتغنم فان الجمهور على
ان اهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال
وذلك لقوله عليه السلام وترد سراياهم على قعدتهم خرجه ابو داود ولان لهم

فان لم ياذن له اخذ الغنيمة وقال الحسن البصري اذا خرجت السرية باذن الامام
من عسكره خمسها وما بقي فلاهل السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان
ما بقي بين الجيش كله وقال النخعي الامام بالخيار ان شاء خمس ما ترد
السرية وان شاء نفله كله والسبب ايضا في هذا الاختلاف هو تشبيه امير
العسكر وغنيمة السرية بغنائم من حضر القتال وهم اهل السرية فان الغنيمة
انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين اما ان يكون ممن حضر القتال واما ان يكون
ردءا لمن حضر القتال واما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا في الفارس فقال الجمهور
للفارس ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وقال ابو حنيفة للفارس سهمان سهم
له وسهم لفرسه والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار ومعارضة
القياس وذلك ان ابا داود خرج عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم
لرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهما للرجل وسهمين للفرس وخرج ايضا عن مجمع بن جارية
الانصاري مثل قول ابي حنيفة واما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو
ان يكون سهم الفرس اكبر من سهم الانسان هذا الذي اعتمده ابو حنيفة في
ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس
بشيء لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذي هو الفارس بالفرس وغير
بعيد ان يكون تاثير الفارس في الحرب ثلاثة اضعاف تاثير الراجل بل لعله واجب
مع ان حديث ابن عمر اثبت واما ما يجوز للمجاهد ان ياخذ من الغنيمة
قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخيط والمخيط
فان الغلول عار وشنار على اهله يوم القيامة الى غير ذلك من الاثار
الواردة في هذا الباب واختلفوا في اباحة الطعام
للغزاة ما داموا في ارض العدو فاباح ذلك الجمهور
ومنع ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب

والسبب في اختلافهم معارضة الاثار التي جاءت في تحريم الغلول للاثار الواردة في
اباحة اكل الطعام مثل حديث ابن عباس وابن المغفل وحديث ابن ابي اوفى فمن خصص
احاديث تحريم الغلول بهذه اجاز اكل الطعام ومن رجح احاديث تحريم الغلول على هذه
لم يجز ذلك وحديث ابن المغفل قال اصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا اعطي منه شيئا
فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه البخاري ومسلم وحديث ابن ابي
اوفى قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فناكله ولا نرفعه خرجه البخاري
واختلفوا في عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال قوم ليس له عقاب الا التعزير
وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن
سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال من غل فاحرقوا متاعه الفصل الثالث
واما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء اعني ان يزيده على نصيبه فان العلماء اتفقوا
على جواز ذلك واختلفوا من اي شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل
الحرب وهل يجب السلب للقاتل ام ليس يجب الا ان ينفله له الامام فهذه اربع
مسائل هي قواعد هذا الفصل اما المسالة الاولى فان قوما قالوا النفل
يكون من الخمس الواجب لبيت المال وبه قال مالك وقال قوم بل النفل انما
يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذي اختاره الشافعي
وقال قوم بل النفل من جملة الغنيمة وبه قال احمد وابو عبيد ومن هؤلاء
من اجاز تنفيل جميع الغنيمة والسبب في اختلافهم هل بين
الايتين الواردتين في المغانم تعارض ام هما على التخيير اعني
قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الاية وقوله تعالى يسئلونك
عن الانفال فمن راى ان قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله
خمسه وللرسول ناسخة لقوله تعالى يسئلونك عن الانفال
قال لا نفل الا من الخمس او من خمس الخمس ومن راى انه لا معارضة
بينهما وانهما على التخيير اعني ان للامام ان ينفل من راس الغنيمة
من شاء وله الا ينفل بان يعطي جميع ارباع الغنيمة للغانمين

قال يجوز النفل من رأس الغنيمة واختلفوا فيه أيضا بسبب
أخر وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أن أثرين
أحدهما ما روى مالك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد
فغنموا إبلا كثيرة فكانت سهمانهم اثني عشر بعيرا ونفلوا
بعيرا بعيرا وهذا يدل أن النفل كان بعد القسمة من
الخمس والثاني حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم كان ينفل الربع للسرايا بعد الخمس في البداءة وينفلهم
الثلث بعد الخمس في الرجعة يعني في بداءة غزوه عليه السلام
وفي انصرافه **وأما المسألة الثانية**
أما مقدار ما للإمام أن ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل
من رأس الغنيمة فإن قوما قالوا لا يجوز أن ينفل أكثر
من الثلث أو الربع على حديث حبيب بن مسلمة وقال قوم
إن نفل الإمام للسرية جميع ما غنمته جاز مصيرا إلى أن آية
الأنفال غير منسوخة بل محكمة وأنها على عمومها
غير مخصصة ومن رأى أنها مخصصة بهذه
الآثار قال لا يجوز أن ينفل أكثر من الربع
أو الثلث **وأما المسألة الثالثة**

وهي

وهي هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم ليس يجوز فإنهم اختلفوا
فيه فكره ذلك مالك وأجازه جماعة وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد
الغزو لظاهر الأثر وذلك أن الغزو إنما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون
كلمة الله هي العليا فإذا وعد الإمام بالنفل قبل الحرب خيف أن يسفك الغزاة دماءهم في
غير حق الله وأما الأثر الذي يقتضي ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة
أن النبي عليه السلام كان ينفل في الغزو والسرايا في البداءة بعد الخمس الربع وفي القفول
الثلث ومعلوم أن المقصود من هذا إنما هو التنشيط على الحرب **وأما المسألة الرابعة**
وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب إلا أن ينفله له الإمام فإنهم اختلفوا
في ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول إلا أن ينفله له الإمام على جهة
الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثوري وقال الشافعي
وأحمد وأبو ثور وإسحاق وجماعة من السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الإمام أو لم
يقله ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطا ومنهم
قال لا يكون السلب له إلا إذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال
إنما يكون السلب للقاتل إذا كان القتل قبل معمعة الحرب أو بعدها وأما إن قتله
في حين المعمعة فليس له سلبه وبه قال الأوزاعي وقوم قالوا إن استكثر الإمام
السلب جاز أن يخمسه **وسبب** اختلافهم هو احتمال قوله عليه السلام يوم حنين
بعد ما برد القتال من قتل قتيلا فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه السلام على
جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك قوي عنده أنه على جهة النفل
من قبل أنه لم يثبت عنه أنه قال ذلك عليه السلام ولا قضى به إلا يوم حنين
ولمعارضة آية الغنيمة له إن حمل على الاستحقاق أعني قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم
من شيء فإنه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن أربعة الأخماس واجبة للغانمين
كما أنه لما نص على الثلث للأم في المواريث علم أن الثلثين للأب قال أبو عمر وهذا
القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروي عن عمر بن الخطاب
أنه قال كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله وخرج أبو داود عن عمر بن الخطاب

انه قال كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج ابو داود عن
عوف ابن مالك الاشجعي وخالد بن الوليد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل
للقاتل وخرج ابن ابي شيبة عن انس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة
فطعنه طعنة على قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين الفا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب
فقال لابي طلحة انا كنا لا نخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيرا ولا اراني الا
خمسته قال ابن سيرين فحدثني انس بن مالك انه اول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من
فرق بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب له ما هو فقال قوم
له جميع ما وجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة

الفصل الرابع

واما اموال المسلمين التي تسترد من ايدي الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على اربعة
اقوال مشهورة احدها ان ما استرد المسلمون من ايدي الكفار من اموال المسلمين فهو
لاربابه ليس للغزاة المستردين لذلك منه شيء وممن قال بهذا القول الشافعي واصحابه
وابو ثور والقول الثاني ان ما استرده المسلمون من ذلك هو غنيمة للجيش ليس لصاحبه
منه شيء وهذا القول قاله الزهري وعمرو بن دينار وهو مروي عن عمر بن الخطاب
والقول الثالث ان ما وجد من اموال المسلمين قبل القسم فصاحبه احق به بلا ثمن
وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه احق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين
فبعضهم رأى ان هذا الحكم في كل ما استرده المسلمون من ايدي الكفار باي وجه صار
ذلك الى ايدي الكفار وفي اي موضع صار وممن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو
مروي عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى ايدي الكفار غلبة وحازوه
حتى اوصلوه الى دار المشركين وبين ما اخذ منهم قبل ان يحوزوه ويبلغوا به دار
الشرك فقالوا اما ما حازوه فحكمه ان صاحبه قبل القسم فهو له وهذا هو القول الا
بعد واختلافهم راجع الى اختلافهم هل يملك الكفار على المسلمين اموالهم اذا غلبوهم عليها
او ليس يملكونها وسبب اختلافهم في هذه المسألة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس
وذلك ان حديث عمران بن حصين يدل على ان المشركين ليس يملكون على المسلمين
شيئا وهو قال اغار المشركون على سرح المدينة واخذوا العضباء ناقة رسول الله
صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد

ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت العضباء فاتت ناقة ذلولا فركبتها
ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرنها فلما قدمت المدينة عرفت
الناقة فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال بئسما جزيتها
لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل
هذا وهو انه غار له فرس فاخذها العدو فظهر عليه المسلمون فرد عليه في زمان
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان واما الآثار التي تدل على ملك
الكفار على المسلمين فقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من دار يعني انه باع
دوره التي كانت بمكة له بعد هجرته منها عليه السلام الى المدينة واما القياس
فان من شبه الاموال بالرقاب قال الكفار لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون اموالهم
كمال الباغي مع العادل اعني انه لا يملك عليه الامرين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس
يملك فهو ضامن للشيء ان فات عنده والكفار قد اجمعوا على انهم غير ضامنين لاموال
المسلمين فلزم من ذلك ان الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال اذ لو كانوا غير مالكين
لضمنوا واما من فرق بين الحكم قبل القسم وبعده وبين ما اخذه المشركون بغلبة
او بغير غلبة بان صار اليهم من تلقائه مثل العبد الآبق والفرس العائر فليس له
حظ من النظر وذلك انه ليس يعقل وصف يقول ان يملك المشرك على المسلم
شيئا او لا يملكه الا ان يثبت في ذلك دليل سمعي لكن اصحاب هذا المذهب احتجوا
والنبيل لحديث الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاووس عن ابن عباس ان
رجلا وجد بعيرا له كان المشركون قد اصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه و
سلم ان اصبته قبل ان يقسم فهو لك وان اصبته بعد القسم اخذته بالقيمة لكن
الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند اهل الحديث والذي عول
عليه مالك فيما احسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له اخذه
بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثنى ابو حنيفة ام الولد والمدبر من سائر
الاموال المعتزلة وقال الاوزاعي ان الكفار يملكون على المسلمين سائر الاموال ما عدا الا
الحر وكذلك قول مالك في ام الولد انه اذا اصابها مولاها بعد القسم ان على الامام

ان يعيدها وان لم يفعل حتى يبيعها على وجهها فان لم يكن له مال اعطيت له وانتصر الحنفية
خرجت في نصيبه بقيمتها ويأخذ ثمنها وهو قول ابي حنيفة ليس له حكم الشيء انما لم
يملكها الكفار وعمدة من اوجب ان ياخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وايضا
فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا ان يثبت في ذلك سماع ومن هذا الاصل اعني
اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم او لا يملك اختلف الفقهاء في الكافر يسلم وبيده
مال مسلم هل يصح له ام لا فقال مالك وابو حنيفة يصح له وقال الشافعي على اصله
لا يصح له واختلف مالك وابو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص
واخذ ما في ايديهم مال مسلم فقال ابو حنيفة هو اولى به وان اراده صاحبه اخذه
بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجعل له حكم اصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحربي
يسلم ويهاجر ويترك في دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم
وذريته وزوجه فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على تلك الدار ام ليس لها حرمة
فمنهم من قال ان لكل ذلك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال
والزوجة والولد فقال ليس للمال حرمة وللزوجة والولد حرمة وهذا جار على غير قياس
وهو قول مالك والاصل ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال
عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فمن زعم ان ههنا مبيحا للمال
غير الكفر من تملك عدو او غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض به هذه القاعدة
والله اعلم **الفصل الخامس** واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض
عنوة فقال مالك لا تقسم الارض وتكون وقفا يصرف خراجها في مصالح المسلمين من
ارزاق المقاتلة وبناء القناطير والمساجد وغير ذلك من سبيل الخير الا ان يرى الامام
في وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضي القسمة فان له ان يقسم الارض وقال الشافعي
الارضون المفتتحة عنوة تقسم كما تقسم الغنائم يعني خمسة اخماس وقال
ابو حنيفة الامام مخير ان يقسمها بين المسلمين او يضرب على اهلها الكفار فيها
الخراج ويقرها بايديهم وسبب اختلافهم ما يظن من التعارض بين اية سورة الانفال
وآية سورة الحشر وذلك ان اية الانفال تقتضي بظاهرها ان كل ما غنم

ماية ح

يخمس

196

يخمس وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء وقوله تعالى
في اية الحشر والذين جاءو من بعدهم عطفا على ذكر الذين اوجب
لهم الفيء يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والاتيين
شركاء في الفيء كما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال في قوله
تعالى والذين جاءو من بعدهم ما ارى هذه الاية الا قد عمت
الخلق حتى الراعي بكذا او كلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم
الارض التي افتتحت في ايامه من ارض العراق ومصر فمن راى ان الايتين
متواردتين على معنى واحد وان اية الحشر مخصصة لاية الانفال استثنى
من ذلك الارض ومن راى ان الايتين ليستا متواردتين على معنى واحد
بل راى ان اية الانفال في الغنيمة واية الحشر في الفيء على ما هو
الظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولا بد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه
السلام الذي هي في مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام واما ابو
حنيفة فانما ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها
على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لم يقسم جميعها ولكن قسم طائفة منها من الارض وترك طائفة لم
يقسمها فالواجب ان يجزئ ان الامام بالخيار بين القسمة والاقرار
بايديهم وهو الذي فعل عمر رضي الله عنه واذا اسلموا بعد الغلبة عليهم
كان مخيرا بين المن عليهم او قسمتها على ما فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم بمكة اعني من المن وهذا انما يصح على راي من
راى انه افتتحها عنوة لانه الذي خرجه مسلم وينبغي ان تعلم ان القول
من قال ان اية الفيء واية الغنيمة محمولتان على الخيل واما اية
الفيء لا ناسخة لاية الغنيمة او مخصصة لها انه قول ضعيف جدا الا
ان يكون اسم الفيء والغنيمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك
فالايتان متعارضتان لان اية الانفال توجب التخميس واية

اية ح

وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب أن تكون إحداهما ناسخة للأخرى أو يكون
الإمام مخيرا بين التخميس وترك التخميس وذلك في جميع الأموال المغنومة وذكر بعض
أهل العلم أنه مذهب لبعض الناس والأشبه حكاه عن المذهب ويجب على مذهب من رأى
أن يستنبط من الجمع بينهما أن في قسمة الأرض وقسمة ما عدا الأرض أن يكون
كل واحدة من الآيتين مخصصة بعضها بالأخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الأنفال
خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الأرضين فأوجبت فيها الخمس وآية الحشر
خصصت من آية الأنفال الأرض فلم توجب فيها خمسا وهذه الدعوى لا تصح إلا بدليل
مع القائل من أن آية الحشر إنما تضمنت القول في نوع من الأموال مخالف الحكم
النوع الذي تضمنته آية الأنفال وذلك أن قوله تعالى فما أوجفتم عليه من خيل
ولا ركاب هو تنبيه على العلة التي من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس
والقسمة بخلاف ذلك إذا كانت تؤخذ بالإيجاف. **الفصل** السادس في قسمة الفيء
وأما الفيء فهو كل ما صار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير أن يوجف
عليه بخيل أو رجل. واختلف الناس في الجهة التي يصرف إليها فقال قوم إن الفيء لجميع المسلمين
الفقير والغني وإن الإمام يعطي منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في النوائب
التي تنوب المسلمين كبناء القناطير وإصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس في شيء
منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن أبي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس
مقسوم على الأصناف الذين ذكروا في آية الفيء وهم الأصناف الذين ذكروا
في الخمس بعينه من الغنيمة وأن الباقي هو الذي هو مصروف إلى اجتهاد الإمام
ينفق منه على نفسه وعياله ومن رأى وأحسب أن قوما قالوا إن الفيء غير مخمس
ولكن يقسم على الأصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وأحسبه أحد أقوال
الشافعي. **و**سبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الأصناف الخمسة أو هو
مصروف إلى اجتهاد الإمام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنيمة
وهو تقدم وذلك أن من جعل ذكر الأصناف في الآية تنبيها على المستحقين
له قال هو لهؤلاء الأصناف المذكورين ومن فهم ومن جعل ذكر الأصناف تعديدا

الذين

197

الذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى به هؤلاء الأصناف أعني أنه جعله من
باب الخصوص لا من باب التنبيه وأما تخميس الفيء فلم يقل به أحد قبل الشافعي وإنما حمله
على هذا القول أنه رأى الفيء قد قسم في الآية على عدد الأصناف الذين قسم عليهم
الخمس فاعتقد لذلك أن فيه الخمس لأنه ظن أن هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذا
لازما بل الظاهر أن هذه القسمة تخص جميع الفيء لا جزءا منه وهو الذي ذهب
إليه فيما أحسبه قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بني النضير مما أفاء
الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبي
صلى الله عليه وسلم خاصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في
الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك. **الفصل السابع**
في الجزية والكلام المحيط بأصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل المسألة
الأولى ممن يجوز أخذ الجزية. الثانية على كم صنف من الناس تجب. الثالثة كم تجب.
الرابعة متى تجب ومتى تسقط. الخامسة كم أصناف الجزية. السادسة فيما ذا يصرف
مال الجزية. **المسألة الأولى** وأما ممن يجوز أخذ الجزية فإن العلماء مجمعون
على أنه يجوز أخذها من أهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم واختلفوا
في أخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما
حكى بعضهم أنها لا تؤخذ من قريش الكتابيين وقد تقدمت هذه المسألة. **وأما المسألة**
الثانية وهي أي الأصناف من الناس تجب عليهم فإنهم اتفقوا على أنها إنما تجب بثلاثة أوصاف
الذكورية والبلوغ والحرية وأنها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ
كانت إنما هي عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالأمر نحو الرجال البالغين
إذ قد نهي عن قتل النساء والصبيان وكذلك أجمعوا أيضا أنها لا تجب على العبيد
واختلفوا في أصناف من هؤلاء منها في المجنون والمقعد ومنها في الشيخ ومنها
في أهل الصوامع ومنها في الفقير هل يتبع بها دينا أم لا وكل هذه مسائل
اجتهادية ليس فيها توقيف. **و**سبب اختلافهم مبني على هل يقتلون أم لا أعني
هذه الأصناف. **وأما المسألة الثالثة** وهي كم الواجب فإنهم اختلفوا في ذا

في ذلك واما مالك فان القدر الواجب في ذلك هو ما فرض عمر رضي الله عنه وذلك على اهل
الذهب اربعة دنانير وعلى اهل الورق اربعون درهما ومع ذلك ارزاق المسلمين
وضيافة ثلاثة ايام لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه وقال الشافعي اقله محدود وذلك
بحسب ما يصالحون عليه وقال قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف الى اجتهاد الامام
وبه قال الثوري وقال ابو حنيفة واصحابه الجزية اثنا عشر درهما واربعة وعشرون
وثمانية واربعون لا ينقص الفقير من اثني عشر درهما ولا يزاد الغني على ثمانية واربعين
درهما والوسط اربعة وعشرون درهما وقال احمد دينار او عدله معافري لا يزاد
عليه ولا ينقص منه وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن وامره ان ياخذ من
كل حالم دينارا او عدله معافري وهي ثياب باليمن وثبت عن عمر انه ضرب الجزية
على اهل الذهب اربعة دنانير وعلى اهل الورق اربعين درهما مع ذلك ارزاق
المسلمين وضيافة ثلاثة ايام وروي عنه ايضا انه بعث عثمان بن حنيف فوضع
الجزية على اهل السواد ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر فمن حمل هذه
الاحاديث كلها على التخيير وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية اذ ليس
في توقيت ذلك حديث عن النبي عليه السلام متفق على صحته وانما ورد الكتاب في ذلك
عاما قال لا حد في ذلك وهو الاظهر والله اعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت
عن عمر قال اقله محدود ولا حد لاكثره ومن رجح احد حديثي عمر قال اما باربعين درهما
او اربعة دنانير واما بثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر على ما تقدم
ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط او عدله معافري لا يزاد على ذلك ولا
ينقص منه **المسألة الرابعة** واما متى تجب الجزية فانهم اتفقوا انها لا تجب الا بعد
الحول وانها تسقط عنه اذا اسلم قبل انقضاء الحول واختلفوا اذا اسلم بعد ما يحول
الحول عليه هل تؤخذ منه جزية للحول الماضي باسره او لما مضى منه فقال قوم اذا

اسلم

اسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان اسلامه او قبل انقضائه وبهذا القول قال
الجمهور وقالت طائفة ان اسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية وان اسلم قبل الحول لم تجب عليه
وانما اتفقوا على انها لا تجب عليه الا بعد انقضاء الحول لان الحول شرط في وجوبها فاذا وجد الرافع
لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب اعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما
اختلفوا بعد انقضاء الحول لانه قد وجبت فمن راى ان الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر
كما يهدم كثيرا من الواجبات قال تسقط عنه وان كان اسلامه بعد الحول ومن راى انه لا
يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثيرا من الواجبات المترتبة مثل الديون وغير
ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية
الواجبة او لا يهدمها **المسألة الخامسة** وهي كم اصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة
اصناف جزية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها اعني التي تفرض على الحربيين بعد غلبتهم
وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لا في الواجب
ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع في ذلك
بين المسلمين واهل الصلح الا ان يقول قائل انه ان كانت يقول الجزية العنوية واجبة
على المسلمين فقد يجب ان تكون ههنا قدر ما اذا اعطاه من انفسهم الكفار وجب على
المسلمين قبول ذلك منهم فيكون اقلها محدودا واكثرها غير محدود واما الجزية الثالثة
فهي العشرية وذلك ان جمهور الفقهاء على انه ليس على اهل الذمة عشر ولا زكاة اصلا في اموالهم
الا ما روي عن طائفة انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بني تغلب اعني انهم اوجبوا عليهم
اعطاء ضعف ما على المسلم من الصدقة في شيء من الاشياء التي يلزم المسلمين فيها الصدقة
وممن قال بهذا القول الشافعي وابو حنيفة واحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي
الله عنه بهم وليس لمالك في ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم هذا في كتاب
الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الاموال التي يتجرون بها الى بلاد المسلمين
بنفس التجارة او اذا اذن لهم ان كانوا حربيين ام لا يجب الا بالشرط وهو راي مالك وكثير من العلماء

أن تجار أهل الذمة الذين ألزمتهم بالإقرار في بلدهم الجزية يجب أن يؤخذ منهم مما يجلبونه من بلد إلى بلد
العشر إلا ما يسوقون إلى المدينة خاصة فيؤخذ منه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في
وجوبه بالإذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف
العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا وأما أبو حنيفة فاشترط
في وجوب العشر عليهم الحول والنصاب وعشر أصلا ولا نصف عشر بنفس التجارة ولا في
ذلك شيء محدود إلا ما اصطلح عليه واشترط وعلى هذا فتكون الجزية العشرية من نوع
الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة يكون جنسا ثالثا من الجزية غير الصلحية
وغير التي على الرقاب. وسبب اختلافهم أنه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
سنة يرجع إليها وإنما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا إنما فعله
بأمر كان عنده من رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب أن يكون ذلك سنتهم ومن رأى أنه فعل
هذا بهم على وجه الشرط إذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس في ذلك سنة إلا ما
اشترط عليهم. وحكى أبو عبيد في كتاب الأموال عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
أنه كان يسمه قيل له كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب فقال لا إنهم كانوا
لا يأخذون منا العشر إذا دخلنا إليهم. قال الشافعي وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه
ما وضعه عمر رضي الله عنه وإن شورطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحربي إذا دخل
بأمان حكم الذمي. **المسألة** السادسة وأما فيماذا تصرف الجزية وهي المسألة
السادسة فإنهم اتفقوا على أنها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفيء
عند من رأى أنه مصروف إلى اجتهاد الإمام حتى لقد رأى كثير من الناس أن اسم الفيء إنما
ينطلق على الجزية في آية الفيء وإذا كان الأمر هكذا فالأموال الإسلامية ثلاثة أصناف
صدقة وفيء وغنيمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وآله وسلم **كتاب الأيمان** وهذا الكتاب
ينقسم أولا إلى جملتين الجملة الأولى في معرفة ضروب الأيمان وأحكامها الجملة الثانية

في معرفة

في معرفة الأشياء الرافعة للأيمان اللازمة وأحكامها. **الجملة** الأولى وفي هذه الجملة ثلاثة
فصول **الفصل** الأول في معرفة الأيمان المباحة وتمييزها من غير المباحة الثاني في معرفة
الأيمان اللغوية والمنعقدة الثالث في معرفة الأيمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها. **الفصل**
الأول واتفق الجمهور على أن الأشياء منها ما يجوز في الشرع أن يقسم به ومنها ما لا يجوز أن
يقسم به واختلفوا أي الأشياء هي التي بهذه الصفة فقال قوم إن الحلف المباح في الشرع
هو الحلف بالله وأن الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع
والذين قالوا إن الأيمان المباحة هي الأيمان بالله اتفقوا على إباحة الأيمان التي بأسمائه
واختلفوا في الأيمان التي بصفاته وأفعاله وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله
من الأشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للأثر وذلك أن الله قد
أقسم في الكتاب بأشياء كثيرة مثل قوله تعالى والسماء والطارق وقوله والنجم
إذا هوى إلى غير ذلك من الأقسام الواردة في القرآن وثبت أن النبي عليه السلام قال إن
الله ينهاكم عن أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين
الأثر والكتاب قال إن الأشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك
وتعالى وأن التقدير ورب النجم ورب السماء قال الأيمان المباحة هي الحلف بالله فقط
ومن جمع بينهما فقال إن المقصود بالحديث إنما هو ألا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله
عليه السلام إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم وأن هذا من باب الخاص أريد به العام
أجاز الحلف بكل معظم بالشرع فإذن سبب اختلافهم هل هو تغليب ظاهر الحديث على مسلك
جله من تعليق الحكم فيه بالاسم أو يعدى إلى الصفات ولا وقال الكل تعليق الحكم
في الحديث بالآباء فعلى جمود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وإن كان قد روي
في المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل
والحديث نص في مخالفة هذا المذهب. **الفصل** الثاني واتفقوا أيضا على أن الأيمان
منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم

بما عقدتم الايمان واختلفوا فيما هي اللغو فذهب مالك وابو حنيفة الى انها اليمين على
الشيء يظن الرجل انه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعي
لغو اليمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل في اثناء
المخاطبة لا والله بلى والله مما يجري على الالسنة بالعادة من غير ان يعتقد لزومه
وهذا القول رواه مالك في الموطأ عن عائشة والقول الاول مروي عن الحسن بن ابي الحسن
وقتادة ومجاهد وابراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو ان يحلف الرجل وهو غضبان
وبه قال اسماعيل القاضي من اصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية
وروي عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو ان يحلف الرجل على ان لا ياكل او يشرب
شيئا مما احل له بالشرع والسبب في اختلافهم هو الاشتراك الذي في اسم اللغو وذلك ان
اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى والغوا فيه لعلكم تغلبون وقد يكون
الكلام الذي لا تنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على ان اللغو في الاية هو هذا ان هذه
اليمين ضد اليمين المنعقدة وهي المؤكدة فوجب ان يكون الحكم المضاد للشيء المضاد
والذين قالوا ان اللغو هو الحلف في اغلاق او الحلف على ما لا يوجب الشرع
فيه شيئا بحسب ما يعتقد في ذلك قوم فانما ذهبوا الى ان اللغو هاهنا
يدل على معنى عرفي في الشرع وهي الايمان التي بين الشرع في مواضع اخر سقوط حكمها
مثل ما روي انه لا طلاق في اغلاق وما اشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان
الاولان اعني قول مالك والشافعي

الفصل الثالث

وفي هذا الفصل اربع مسائل المسألة الاولى اختلفوا في الايمان بالله المنعقدة
هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفا على شيء ماض انه كان فلم يكن وهي التي
تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعمد الكذب او على شيء مستقبل انه
يكون من قبل الحالف او من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور وليس في اليمين

الغموس

الغموس كفارة وانما الكفارة في الايمان التي تكون في المستقبل اذا خالف اليمين الحالف
وممن قال بهذا مالك وابو حنيفة واحمد بن حنبل وقال الشافعي وجماعة تجب فيها الكفارة
اي تسقط فيها الكفارة الاثم فيها كما تسقطه في غير الغموس وسبب اختلافهم معارضة
عموم الكتاب للاثر وذلك ان قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الاية
يوجب ان يكون في اليمين كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه السلام من اقتطع
حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة واوجب له النار يوجب ان اليمين الغموس
ليس فيها كفارة لكن للشافعية ان تستثني من الايمان الغموسية ما لا يقتطع بها حق
الغير فقد جمعت الظلم والحنث فوجب ان لا تكون الكفارة تهدم الامرين جميعا او ليس يمكن
فيها ان تهدم الحنث دون الظلم لان رفع الحنث بالكفارة انما هو من باب التوبة وليس
تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع
الاثم المسألة الثانية واختلف العلماء فيمن قال انا كافر بالله او مشرك بالله
او يهودي او نصراني ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة ام لا فقال مالك والشافعي
ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال ابو حنيفة هي يمين وعليه الكفارة اذا خالف
اليمين وهو قول احمد بن حنبل ايضا وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل يجوز اليمين
بكل ما له حرمة ام ليس يجوز الا بالله العلي العظيم فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد ام لا
فمن رأى ان الايمان المنعقدة اعني التي هي بصيغ القسم انما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل
وباسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تنعقد بكل ما عظم الشرع
حرمته قال فيها الكفارة لان الحالف بالتعظيم كالحالف بترك التعظيم وذلك انه كما
تجب التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه
لزمه المسألة الثالثة واتفق الجمهور في الايمان التي ليست اقساما بشيء وانما تخرج
مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط وذلك مثل ان يقول قائل اذا فعلت كذا وكذا فعلي مشي
الى بيت الله وان فعلت كذا فغلامي حر وامرأتي طالق انها تلزم في القرب وفيما اذا

التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلفوا هل فيها كفارة ام لا فذهب
مالك الى ان لا كفارة وانه ان لم يفعل ما حلف عليه اثم ولا بد من وقوعه وذهب الشافعي واحمد و
ابو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق
وقال ابو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعي مروي عن عائشة وسبب اختلا
فهم هل هي يمين او نذر فمن قال انها يمين اوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله
تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية ومن قال هي من جنس النذر اي من جنس الاشيا
التي نص الشرع على انها اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا
على المالكية لتسميتهم اياها ايمانا لكن لعلهم انما سموها ايمانا على طريق التجوز
والتوسع والحق انه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية ايمانا فان الايمان في لغة العرب
لها صيغ مخصوصة وانما تقع بالاشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة
اليمين فاما هل تسمى ايمانا بالعرف الشرعي وهل حكمها حكم الايمان ففيه نظر
وذلك انه قد ثبت انه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى لم تحرم
ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فظاهر هذا انه قد سمى بالشرع
القول الذي مخرجه مخرج الشرط او مخرج الالتزام دون شرط ولا يمين يمينا فيجب
ان تحمل على ذلك جميع الاقاويل التي تجري هذا المجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك
مثل الطلاق وظاهر الحديث يعطي ان النذر ليس بيمين وان حكمه حكم اليمين وذهب
ابو داود واهل الظاهر الى انه ليس يلزم من مثل هذه الاقوال اعني الخارجة
مخرج الشرط الا ما الزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذر
ولا بايمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلي المشي
الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف لو قال علي المشي الى بيت الله لان هذا نذر با
تفاق وقد قال عليه السلام من نذر ان يطيع الله فليطعه وسبب الخلاف في هذه
الاقاويل التي تخرج مخرج الشرط هو هل هي ايمان او نذور او ليست ايمانا ولا نذورا

اليمين

فتامل

فتامل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى **المسئلة الرابعة** اختلفوا في قول القائل اقسم
او اشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين ام لا على ثلاثة اقوال فقيل انه
ليس بيمين وهو احد قولي الشافعي وقيل انها ايمان ضد القول الاول
وبه قال ابو حنيفة وقيل ان اراد بها الله فهي يمين وان لم يرد بها الله فليست
بيمين وهو مذهب مالك **وسبب** اختلافهم هل المراعى
اعتبار صيغة اللفظ او اعتبار مفهومه بالعادة او اعتبار النية فمن
اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين اذ لم يكن هنالك مقسم به
ومن اعتبر مفهوم اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف
ولا بد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ
صالحا للامرين فرق في ذلك كما تقدم **الجملة الثانية** وهذه الجملة تنقسم
اولا قسمين القسم الاول في الاستثناء والقسم الثاني في الكفارات
القسم الاول وفي هذا القسم فصلان الفصل الاول في شروط
الاستثناء المؤثر في اليمين الفصل الثاني في تعريف الايمان التي يؤثر فيها
الاستثناء من التي لا يؤثر **الفصل الاول** واجمعوا على ان الاستثناء
بالجملة له تاثير في حل الايمان واختلفوا في شروط الاستثناء
الذي يجب له هذا الحكم بعد ان اجمعوا انه لا ينعقد معه اليمين واختلفوا
اذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط وهي ان يكون نسقا متصلا باليمين
وملفوظا به ومقصودا من اول اليمين انه لا ينعقد معه اليمين وقد
اختلفوا في هذه الثلاثة المواضع اعني اذا فرق الاستثناء من اليمين او نواه
ولم ينطق به او حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وان اتى به متناسقا
مع اليمين **فاما المسئلة الاولى** وهي اشتراط اتصاله باليمين فان قوما

اشترط اتصاله الا قليلا وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا باس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر او للتنفس او لانقطاع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء ابدا على ما ذكر عنه متى ما ذكر وانما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الامر المحلوف على فعله او تركه رافع لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين قال ابو بكر بن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث وانما اختلفوا هل تؤثر فيها اذا لم توصل باليمين او لا تؤثر لاختلافهم هل هو حال للانعقاد او هو مانع له فاذا قلنا انه مانع للانعقاد لا حال له اشترط ان يكون متصلا باليمين وان قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب او بالبعد وقد احتج من راى انه حال بالقرب بما رواه مسعر عن سماك بن حرب عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا قالها ثلاث مرات ثم سكت فقال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغني عن الكفارة والذي قالوه بين واما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ اي لفظ كان من العام الاستثناء وسواء كان بالفاظ الاستثناء او بتخصيص العموم او تقييد المطلق وهذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف الا فقط اي فيما يدل عليه بلفظ الا واخواتها وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذا التفريق ضعيف والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط او باللفظ والنية معا

مثل

مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك من العقود اللازمة واما المسألة الثانية وهي هل تنفع النية في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل ايضا في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص او من مطلق بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقا باليمين وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد او حال له فان قلنا انه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية في اول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد انكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في اول اليمين لاتفاقهم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء الفصل الثاني من القسم الاول وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التي لا تؤثر فيها فقال مالك واصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله عندهم او النذر المطلق على ما سيأتي واما الطلاق والعتاق فلا يخلو ان يعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يمينا واما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهي طالق ان شاء الله فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب ان المشيئة غير مؤثرة فيه واما القسم الثاني وهي اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان الصحيح انه اذا رد الاستثناء الى الشرط الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم ينفع وقال ابو حنيفة والشافعي الاستثناء يؤثر في ذلك كله سواء قرن بالقول الذي مخرجه مخرج الشرط او بالقول الذي مخرجه مخرج الطلاق فلا تأثير له فيه اذ قد وقع الطلاق اعني اذا قال الرجل لزوجته هي طالق ان شاء الله والمانع انما هو انما ينفع في المستقبل وان قلنا انه حال للعقود وجب ان يكون له تأثير في الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية ان الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان لا يعتقدوا ان الاستثناء هو رافع لا حال وان اسم طالق لا يقع الا على الماضي والحاضر ولم يتكلموا من جهة من يقول ان الاستثناء يؤثر ان طالقا اسم فاعل واسم الفاعل يقع للماضي والحال والمستقبل فاذا قرنه بالاستثناء دل على انه انما اراد به المستقبل القسم الفصل الثالث في رافع الحنث وهي الكفارات الفصل [illegible] يشتمل [illegible] الفصل الاول واتفقوا على ان موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك اما فعل ما حلف على ان لا يفعله واما ترك ما حلف على فعله اذا علم انه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله الى وقت ليس

يمكنه فيه فعله وفي الاتيان باليمين المطلقة مثل ان يحلف لياكلن هذا الرغيف فاكله في غير الوقت
وقت هو غير الوقت الذي اشترط فيه وجود الفعل منه وفي الاتيان بالفعل المشترط فعله في زمان محدود مثل ان يحلف
والله لافعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من هذا الباب في
اربعة مواضع احدها اذا اتى بالمخالفة ناسيا او مكرها والثاني هل يتعلق موجب اليمين
باقل ما ينطلق عليه الاسم او بجميعه والموضع الثالث هل تتعلق اليمين بالمعنى المساوي لصيغة
اللفظ او بمفهومه المخصص للصيغة او المعمم والرابع هل اليمين على نية الحالف
او المستحلف فاما المسألة الاولى فان مالكا يرى الساهي والمكره بمنزلة العامد والشافعي
يرى ان لا حنث على الساهي والمكره وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما
عقدتم الايمان ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان
وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منهما بصاحبه وانما
الموضع الثاني فمثل ان يحلف ان لا يفعل شيئا ففعل بعضه او انه يفعل شيئا فلم يفعل
بعضه فعند مالك انه اذا حلف لياكلن هذا الرغيف فاكل بعضه لا يبر الا باكله كله
واذا قال لا اكل هذا الرغيف انه يحنث ان اكل بعضه وعند الشافعي وابي حنيفة لا يبر
لمخالفة الموافقة لذلك الشيء بعينه الذي وقع عليه الحلف وان كان المفهوم منه معنى اعم
او اخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك ايضا فيما احسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ
وانما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط واما مالك فان المشهور من مذهبه ان المعتبر عنده اولا
في الايمان التي لا يقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت
فعرف اللفظ فان عدم فدلالة اللغة وقيل لا يراعى الا النية
او ظاهر اللفظ اللغوي فقط وقيل لا يراعى الا النية وبساط الحال ولا يراعى العرف واما الا
يمان التي يقضى بها على صاحبها فانه لا يراعى فيها الا اللفظ الا ان تقوم له قرينة
النص فانما يراعى فيها ... اليمين التي لا يقضى بها ومراعاتها
مشيه فيها على هذا الترتيب وان كانت مما يقضى بها عليه لم يراع فيها الا اللفظ الا ان يشهد
لما يدعي من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال والعرف فمثال ذلك اذا قال لامراته

انت طالق

انت طالق وشهد عليه بذلك فقال اردت به الانطلاق من وثاق وكان بها ... فيعذر في ذلك
وقت لفظه بالطلاق واما المسألة الرابعة فانهم اتفقوا على ان اليمين على نية المستحلف في الدعاوي
واختلفوا في غير ذلك مثل الايمان على المواعيد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية المستحلف وثبت
انه عليه السلام قال اليمين على نية المستحلف وقال عليه السلام يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك
خرجهما مسلم ومن قال اليمين على نية الحالف فانما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين
لا ظاهر اللفظ وفي هذا الباب فروع كثيرة ترجع الى الاختلاف في هذه ... ومثل اختلافهم
فيمن حلف ان لا ياكل رؤوسا فاكل رؤوس حيتان هل يحنث ام لا فمن راعى العرف قال لا يحنث ومن
راعى دلالة اللغة قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف ان لا ياكل لحما فاكل شحما فمن اعتبر
دلالة اللفظ الحقيقي قال لا يحنث ومن راى ان اسم الشيء قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنث
وبالجملة فاختلافهم في المسائل الفرعية التي في هذا الباب هو راجع الى
اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة الى اختلافهم في دلالة الالفاظ
التي يحلف بها وذلك ان منها ما هو مجمل ومنها ما هو ظاهر ومنها ما هو
نص **الفصل الثاني** واتفقوا ان الكفارة في الايمان هي الاربعة الا
نواع التي ذكر الله في كتابه في قوله تعالى فكفارته اطعام الاية وجمهورهم على ان الحالف
اذا حنث مخير بين الثلاثة منها اعني الاطعام او الكسوة او العتق وانه لا يجوز
له الصيام الا اذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام
الا ما روي عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين اعتق او كسى واذا لم يغلظها
اطعم واختلفوا في ذلك في سبع مسائل مشهورة المسألة الاولى في مقدار
الاطعام لكل واحد من العشرة المساكين الثانية في جنس الكسوة اذا اختار
الكسوة وعددها الثالثة في اشتراط التتابع في صيام الثلاثة الايام الرابعة
في اشتراط العدد في المساكين الخامسة في اشتراط الاسلام فيهم والحرية
السادسة في اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب السابعة
في اشتراط الايمان فيها فاما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعي واهل المدينة
يعطي لكل مسكين مدا من حنطة بمد النبي صلى الله عليه وسلم الا ان مالكا قال مد

فقال

خاص باهل المدينة فقط لضيق معايشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم
وقال ابن القاسم يجزئ المد بكل مدينة مثل قول الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه
يعطيهم نصف صاع من حنطة أو صاعا من تمر أو شعير قال فإن غداهم وعشاهم
أجزأه والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى من أوسط
ما تطعمون أهليكم هل المراد بذلك الأكلة الواحدة أو القوت غداء وعشاء فمن قال الأكلة
الواحدة قال المد وسط في الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم
سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمدا في رمضان وبين
كفارة الأذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد ومن شبهها بكفارة الأذى
قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز في ذلك إدام أم لا وإن كان فما هو
الوسط فيه فقيل يجزئ الخبز قفارا وقال ابن حبيب لا يجزئ وقيل الوسط من
الإدام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف أصحاب مالك من الأهل الذين
أضاف إليهم الوسط من الطعام في قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم
فقيل أهل المكفر وعلى هذا إنما يخرج الوسط من الشيء الذي منه يعيش
إن قطنية فقطنية وإن حنطة فحنطة وقيل بل هم أهل البلد وعلى هذا فالمعنى
في الآية له هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى هذين
القولين يحمل قدر الوسط من الإطعام أعني الوسط من قدر ما يطعم أهله والوسط
من قدر ما يطعم أهل البلد أهليهم إلا في المدينة خاصة وأما المسألة الثانية
وهي المجزئ من الكسوة فإن مالكا رأى أن الواجب في ذلك هو أن يكسى ما يجزئ
فيه الصلاة فإن كسا الرجال كسا ثوبا وإن كسا النساء كسا كل امرأة ثوبين درعا
وخمارا وقال الشافعي وأبو حنيفة يجزئ في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم
إزار أو قميص أو سراويل أو عمامة وقال أبو حنيفة لا تجزئ العمامة ولا السراويل
وسبب اختلافهم هل الواجب الأخذ بأقل دلالة الاسم اللغوي أو المعنى الشرعي
وأما المسألة الثالثة وهي اختلافهم في اشتراط تتابع الأيام الثلاثة فإن مالكا
والشافعي لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وإن كانا استحباه واشترط
ذالك

ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم في ذلك شيئان أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست
في المصحف وذلك أن في قراءة ابن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات والسبب الثاني اختلافهم
هل يحمل الأمر بمطلق الصوم على التتابع أو ليس يحمل إذا كان الأصل في الصيام الواجب
بالشرع إنما هو التتابع وأما المسألة الرابعة وهي اشتراط العدد في المساكين
فإن مالكا والشافعي قالا لا يجزئه إلا أن يطعم عشرة مساكين وقال أبو حنيفة إن
أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام جاز والسبب اختلافهم هل الكفارة حق واجب
للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقط قدر بالعدد المذكور فإن قلنا حق واجب
للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط العدد وإن قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر
بالعدد أجزأ من ذلك أن يطعم مسكينا واحدا على عدد المذكورين والمسألة محتملة
وأما المسألة الخامسة وهي اشتراط الإسلام والحرية في المساكين فإن مالكا
والشافعي اشترطا ذلك ولم يشترط ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم
هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط أو بالإسلام والفقر إذ كان السمع
قد أنبأ أنه يثاب بالصدقة على الفقير غير المسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة
للمسلمين اشترط الإسلام في المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها
بالصدقات التي تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير مسلمين وأما سبب
اختلافهم في العبيد فهو هل يتصور وجود الفقر فيهم أم لا إذ كانوا مكفيين
من ساداتهم في غالب الأحوال أو ممن يجب أن يكفى فمن راعى وجود الفقر فقط
قال العبيد والأحرار سواء إذ قد يوجد من العبيد من يجوع لعسر سيده ومن راعى
وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى
بالحكم عليه وإن كان معسرا أفضى عليه ببيعه فليس يحتاجون إلى المعونة
بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات وأما المسألة السادسة وهي هل من شرط
الرقبة أن تكون سليمة من العيوب فإن فقهاء الأمصار اشترطوا ذلك أعني العيوب
المؤثرة في الأثمان وقال أهل الظاهر ليس ذلك من شرطها وسبب اختلافهم
هو هل الواجب الأخذ بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بأتم ما يدل عليه وأما
المسألة السابعة وهي اشتراط الإيمان في الرقبة أيضا فإن مالكا والشافعي

اشترط ذلك في كفارة القتل واجاز ابو حنيفة ان تكون الرقبة غير مومنة وسبب اختلافهم
هل يحمل المطلق على المقيد في الاشياء التي تتفق في الاحكام وتختلف في الاسباب كحال
هذه الكفارة مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد في ذلك قال باشتراط
الايمان في ذلك حملا على اشتراط ذلك في كفارة الظهار في قوله تعالى فتحرير رقبة
مومنة ومن قال لا يحمل وجب عنده ان يبقى موجب اللفظ على اطلاقه **الفصل**
الثالث واما متى ترفع الكفارة الحنث وبعده جائز اختلفوا في ذلك فقال الشافعي
اذا كفر قبل الحنث او بعده فقد ارتفع الاثم وقال ابو حنيفة لا يرتفع الاثم الا بالتكفير
المكفر بعد الحنث لا قبل وروي عن مالك في ذلك القولان جميعا وسبب اختلافهم
شيئان احدهما اختلاف الرواية في قوله عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها
خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه فان قوما رووه هكذا وقوم رووه فليكفر
عن يمينه وليات الذي هو خير وظاهر هذه الرواية ان الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر
الثانية انها بعد الحنث والسبب الثاني اختلافهم هل يجزي تقديم الحق الواجب
قبل وقت وجوبه لانه من الظاهر ان الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول
ولقائل ان يقول ان الكفارة انما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار
فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف في هذا هو هل الكفارة رافعة
للحنث اذا وقع او مانعة له فمن قال مانعة اجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة
لم يجزها الا بعد وقوعه واما تعدد الكفارات بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما
علمت ان من حلف على امور شتى بيمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما
احسب لا خلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شيء واحد ان الكفارات الواجبة في ذلك
بعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على اشياء شتى واختلفوا اذا حلف
على شيء واحد بعينه مرارا كثيرة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة
وقال قوم في كل يمين كفارة الا ان يريد التاكيد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة
واحدة الا ان يريد التغليظ وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الا
يمان بالجنس او بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كرر ومن
قال اختلافها بالجنس قال في هذه اليمين يمين واحدة واختلفوا اذا حلف في يمين

الكفارة

واحدة باكثر من صفتين من صفات الله هل تتعدد الكفارات بتعدد الصفات التي تضمنت
اليمين فقال قوم في ذلك كفارة واحدة وقال مالك في هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات
فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد
الكلام الاول وجاء بالذي بعده على انه قول واحد ففيه كفارة واحدة اذ كانت يمينا واحدة
والسبب في اختلافهم هل مراعاة الواحدة او الكثرة في اليمين هي راجعة الى صيغة
القول او الى تعدد الاشياء التي يشتمل عليها القول الذي مخرجه مخرج يمين واحدة
فمن اعتبر الصيغة قال الكفارة واحدة ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول
من الاشياء التي يمكن ان يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة
بتعددها وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف في هذا والله
الموفق للصواب **كتاب النذور** وفي هذا الكتاب ثلاثة فصول الفصل
الاول في اصناف النذور الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم من النذور وبالجملة
احكامها الفصل الثالث في معرفة الشيء الذي يلزم عنها واحكامها **الفصل**
الاول والنذر ينقسم اولا قسمين قسم من جهة اللفظ وقسم من جهة الاشياء
التي تنذر فاما من جهة اللفظ فانه ضربان مطلق وهو المخرج مخرج
الخبر ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشيء
المنذور به وغير مصرح فالاول مثل قول القائل لله علي نذر ان احج والثاني غير
المصرح مثل قوله لله علي نذر دون ان يصرح بمخرج النذر والاول ربما صرح فيه
بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه مثل ان يقول لله علي ان احج واما المقيد المخرج مخرج
الشرط فكقول القائل ان جاء فلان فلله علي نذر كذا او ان افعل كذا وهذا ربما علقه
بفعل من افعال الله مثل ان يقول ان شفى الله مريضي فعلي نذر كذا وكذا وربما
علقه بفعل نفسه مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلي كذا وكذا نذرا وهذا
هو الذي يسميه الفقهاء ايمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بايمان فهذه
هي اصناف النذر من جهة الصيغ واما اصنافه من جهة الاشياء المنذور بها
فانها تنقسم الى اربعة اقسام نذر باشياء من جنس القرب ونذر باشياء من
جنس المعاصي ونذر باشياء من جنس المكروهات ونذر باشياء من جنس المباحات

وهذه الاربعة تنقسم قسمين نذور مشترطة ونذور مطلقة **الفصل الثاني** واما ما يلزم
من النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب الا ما حكي
عن بعض اصحاب الشافعي ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر
المطلق اذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر
وصرح بالمنذور واختلفوا فيه اذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه
بالشيء المنذور او كان غير مصرح وكذلك اجمعوا على لزوم النذر الذي مخرجه مخرج
الشرط اذا كان نذرا بقربة وانما صاروا الى وجوب النذر بعموم قوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اوفوا بالعقود ولان الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر واخبر
بوقوع العقاب بنقضه فقال ومنهم من عاهد الله لئن اتانا من فضله الاية الى قوله
بما كانوا يكذبون والسبب في اختلافهم في التصريح بلفظ النذر المطلق هو
اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معا او بالنية فقط فمن قال بهما معا
قال اذا قال لله علي كذا وكذا ولم يقل نذرا لم يلزمه شيء لانه اخبار بوجوب شيء
لم يوجبه الله عليه الا ان يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال
ينعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك اعني انه اذا لم يصرح بلفظ
النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لا يلزم الا بالنية واللفظ لكن راى ان
لفظ النذر من القول غير معتبر اذ كان المقصود في الاقاويل التي مخرجها مخرج النذر
وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا هو مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن
المسيب ويشبه ان يكون من لم ير لزوم النذر المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل
الامر بالوفاء على الندب وكذلك الاكثر اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لان القربة
انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي واما مالك
فالنذر عنده لازم على اي جهة وقع فهذا ما اختلفوا فيه من جهة اللفظ
واما ما اختلفوا فيه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول
اثنتان المسألة الاولى اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجمهور
العلماء ليس يلزمه في ذلك شيء وقال ابو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم
واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل معصية وسبب اختلافهم تعارض

ظواهر

ظواهر الاثار في هذا الباب وذلك انه روي في هذا الباب حديثان احدهما حديث
عائشة عن النبي عليه السلام انه قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي
الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم النذر بالعصيان والحديث الثاني حديث
عمران بن حصين وحديث ابي هريرة الثابت عن النبي عليه السلام انه قال لا نذر
في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فمن جمع بينهما
في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثاني
تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران
وابي هريرة قال ليس يلزم في المعصية شيء ومن ذهب مذهب الجمع بين
الحديثين اوجب في ذلك الكفارة يمين قال ابو عمر بن عبد البر ضعف اهل الحديث
حديث عمران وابي هريرة قالوا لان حديث ابي هريرة يدور على سليمان بن ارقم
وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن ابيه
وابوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه وزهير ايضا عنده مناكير ولكنه قد خرجه مسلم
من حديث عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية ان يحتجوا لمالك في هذه المسألة
بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال هذا
قالوا نذر ان لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله مروه فليتكلم
وليجلس وليتم صيامه قالوا فامره ان يتم ما كان لله طاعة ويترك ما كان
معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد اخبر الله تعالى انه نذر
مريم وكذلك يشبه ان يكون القيام للشمس ليس معصية **المسألة الثانية**
واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئا من المباحات فقال مالك لا يلزم ما عدا الزوجة
وقال اهل الظاهر ليس في ذلك شيء وقال ابو حنيفة في ذلك كفارة يمين
وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم
ما احل الله لك وذلك ان النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي اعني من
تحريم محلل او تحليل محرم وذلك ان التصرف في هذا انما هو للشارع فوجب
لمكان هذا المعنى ان من حرم على نفسه شيئا اباحه له الشرع انه لا يلزمه
كما لا يلزم ان حلل شيئا حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى قد فرض الله لكم

فعلة أيمكن أن العتق على التحريم يوجب أن تكون الكفارة تحل هذا العقد
وإذا كان ذلك كذلك فهو عقد لازم والفرقة الأولى تتأول التحريم المذكور
في الآية أنه كان لعقد يمين وقد اختلف في الشيء الذي نزلت فيه الآية
وفي كتاب مسلم أن ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس أنه قال إذا حرم
الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال لقد كان لكم في رسول الله أسوة
حسنة وقول ابن عباس يدل على أنه كان يرى أنها نزلت في تحريم نسائه والله أعلم وقيل
إنما نزلت في مارية القبطية **الفصل الثالث** وأما اختلافهم فيما يلزم في
النذور من النذور وأحكامها ففيه اختلاف كثير ونحن نذكر من
ذلك المشهورات التي هي أصول لما يتعلق بالنذر من الفقه
المشهور على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمسة **المسألة الأولى**
واختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين فيه الناذر شيئا سوى
أن يقول لله علي نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم
بل فيه كفارة الظهار وقال قوم أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام
يوم أو صلاة ركعتين وإنما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت
من حديث عقبة بن عامر أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرجه مسلم
وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فإنما ذهب مذهب من يرى أن المجزئ أقل
ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق عليه اسم النذر
وأما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع **المسألة الثانية**
اتفقوا على لزوم النذر بالمشي إلى بيت الله أعني إذا نذر المشي راجلا واختلفوا إذا
عجز في بعض الطريق ماذا عليه فقال قوم لا شيء عليه وقال قوم عليه واختلف
فيماذا عليه على ثلاثة أقوال فذهب أهل المدينة إلى أن عليه أن يمشي مرة أخرى
من حيث عجز وإن شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروي عن علي وقال أهل مكة
عليه هدي دون إعادة المشي وقال مالك عليه الأمرين جميعا يعني أنه يرجع فيمشي
من حيث وجب وعليه هدي والهدي عنده بدنة أو بقرة أو شاة وإن لم يجد بدنة
أو بقرة وسبب اختلافهم منازعة الأصول لهذه المسألة ومخالفة الأثر لها

هكذا [illegible]

وذلك أن من شبه العاجز إذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من أجل أن القارن فعل
ما كان عليه في سفر واحد في سفرين وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين
قال يجب عليه هدي القارن أو المتمتع ومن شبهه بسائر الأفعال التي تنوب عنها
في الحج إراقة الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب إذا عجز قال ليس
عليه شيء **قال أبو عمر** والسنن الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المشقة
وهو كما قال وأحدها حديث عقبة بن عامر الجهني قال نذرت أختي أن تمشي إلى بيت
الله عز وجل فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيته
لها النبي عليه السلام فقال لتمش ولتركب خرجه مسلم وحديث أنس
بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى
بين ابنيه فسأل عنه فقالوا نذر أن يمشي فقال عليه السلام إن الله
لغني عن تعذيب هذا نفسه وأمره أن يركب وهذا أيضا ثابت
المسألة الثالثة واختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج
أو عمرة فيمن نذر المشي إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو إلى بيت
المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه
المشي وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وحيث صلى أجزأه وكذلك
عنده إن نذر الصلاة في المسجد الحرام وإنما يجب عنده المشي بالنذر
إلى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه
من نذر أن يصلي في بيت المقدس أو مسجد النبي عليه السلام
لزمه وإن صلى في البيت الحرام أجزأه عن ذلك واتفق الناس
على أن النذر فيما سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله
صلى الله عليه وسلم لا تشد الرحال إلا لثلاث فذكر المسجد الحرام
ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس إلى أن النذر
إلى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك
بفتوى ابن عباس للمرأة التي نذرت أن تمشي إلى مسجد قباء فماتت
أن تمشي عنها ابنتها وسبب اختلافهم في النذر إلى ما عدا

المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي اليه تسرح المطي الى هذه
الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع الفرض اعني فيما عدا البيت الحرام
او لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده
لا ينذر اذ كان واجبا بالشرع ولا النفل اذ كان النفل في بيت الرجل
افضل من النفل في المسجد قال النذر بالمشي الى هذين المسجدين
غير لازم ومن كان عنده ان النذر قد يكون في الواجب وانه انما
يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله صلى الله عليه وسلم
صلاة في مسجدي هذا افضل من الف صلاة فيما سواه الا المسجد
الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب ولكن
ابو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيرا الى الجمع بينه
وبين قوله عليه السلام صلاة احدكم في بيته افضل من صلاته
في مسجدي هذا الا المكتوبة والا وقع التضاد بين هذين
الحديثين ومن اوجب نذر المشي الى هذين المسجدين فانه استدل
بقوله صلى الله عليه وسلم لا تسرح المطي الا الى الثلاثة الحديث
لان المشي على القدم من جنس الركوب فاحرى ان يتقرب بالمشي
وهذه المسئلة هي ان تكون من الباب الثاني احرى ان تكون
من هذا الباب المسئلة الرابعة واختلفوا في الواجب
على من نذر ان ينحر ابنه في مقام ابراهيم فقال مالك ينحر
جزورا فداء وقال ابو حنيفة ينحر شاة وهذا ايضا
مروي عن ابن عباس وقال بعضهم يهدي ديته وروي
ذلك عن علي وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث
وقال ابو يوسف والشافعي لا شيء عليه لانه نذر معصية

وسبب

وسبب اختلافهم قضية ابراهيم عليه السلام اعني ما تقرب به
ابراهيم هو لازم للمسلمين ام ليس بلازم فمن راى ان ذلك شرع
خص به ابراهيم قال لا يلزم النذر ومن راى انه لازم لنا قال
النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور
لكن يتطرق لهذا خلاف اخر وهو ان الظاهر من هذا الفعل
انه كان خاصا بابراهيم ولم يكن شرعا لاهل زمانه وعلى
هذا فليس ينبغي ان يختلف هل هو شرع لنا ام ليس بشرع
والذين قالوا انه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك
من قبل اختلافهم ايضا في هل يحمل الواجب في ذلك على الواجب
على ابراهيم ام يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك
اما صدقة بديته واما حج به واما هدي بدنة واما الذين قالوا
ما نذر بالاصل فانما ذهبوا الى حديث عبد المطلب المسئلة
الخامسة واتفقوا على ان من نذر ان يجعل ماله كله في سبيل
من سبل البر انه يلزمه وانه ليس ترجعه الكفارة وذلك
اذا كان نذرا على جهة الخبر لا على جهة الشرط وهو
الذي يسمونه يمينا واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة
الشرط مثل ان يقول مالي للمساكين ان فعلت
كذا فيفعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة
الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك في النذر وفي
التي صيغتها هذه الصيغة اعني انه لا كفارة فيها
وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب

الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشكر لانه الحقها بحكم
الايمان واما مالك فالحقها بحكم النذور على ما تقدم
من قوله في كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج
ماله في الموضع الذي اعتقدوه اختلفوا في الواجب
عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم
بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعي
وزفر وقال ابو حنيفة يخرج جميع الاموال التي تجب
الزكاة فيها وقال بعضهم ان اخرج مثل زكاة ماله
اجزاه وفي المسئلة قول خامس وهو ان كان المال
كثيرا اخرج خمسه وان كان وسطا اخرج سبعه وان كان
يسيرا اخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بالفين والوسط
بالف والقليل بخمسمائة وذلك مروي عن قتادة والسبب
في اختلافهم في هذه المسئلة اعني من قال المال كله او ثلثه معارضة
الاصل في هذا الباب للاثر وذلك ان ما جاء في حديث ابي لبابة بن عبد
الرحمن بن المنذر حين تاب الله عليه واراد ان يتصدق بجميع
ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك
الثلث فهو نص في مذهب مالك واما الاصل فيوجب
ان اللازم له انما هو جميع ماله حملا على سائر النذور اعني انه
يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو
استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناها
النص الا ان مالكا لم يلزم في هذه المسئلة اصله وذلك انه قال ان حلف

اونذر

اونذر شيئا معينا لزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين
جزءا من ماله وهو اكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما ورد
في حديث ابي لبابة وفي قوله صلى الله عليه وسلم للذي جاءه بمثل
بيضة من ذهب فقال اصبت هذه من معدن فخذها فهي
صدقة ما املك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله
عليه وسلم ثم جاءه من يمينه ثم عن يساره ثم خلفه فاخذها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو اصابته
لاوجعته وقال عليه السلام ياتي احدكم بما
يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير
الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في انه لا يلزم المال
المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكا
لم يصح عنده هذا الاثر واما سائر الاقاويل التي قيلت
في هذه المسئلة فضعيفة وبخاصة من حد في ذلك
غير الثلث وهذا القدر كاف في اصول هذا الكتاب
كتاب الضحايا وهذا الكتاب في اصوله اربعة
ابواب الباب الاول في حكم الضحايا ووقتها
ومن المخاطب بها الباب الثاني في انواع الضحايا
وصفاتها واسنانها وعددها الباب الثالث
في احكام الذبح الباب الرابع في احكام لحوم الضحايا
الباب الاول اختلف العلماء في الاضحية هل هي واجبة
ام سنة فذهب مالك والشافعي الى انها
من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها

بمنى ولم يضح وبه قال الشافعي وهو الذي يبين الحاج وغيره وقال ابو
حنيفة الاضحية واجبة على المقيمين في الامصار
الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه
ابو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروي عن مالك
مثل قول ابي حنيفة وسبب اختلافهم شيئان احدهما هل
فعله عليه السلام محمول على الوجوب او على الندب
وذلك انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الاضحية قط
فيما روي عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث ثوبان
قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحيته ثم
قال يا ثوبان اصلح لحم هذه الاضحية قال فلم ازل اطعمه
منها حتى قدم المدينة والسبب الثاني اختلافهم في
مفهوم الاحاديث الواردة في احكام الضحايا
وذلك انه ثبت عنه عليه السلام من حديث ام سلمة
انه قال اذا دخل العشر فاراد احدكم ان يضحي فلا ياخذ
من شعره شيئا ولا من اظفاره قالوا فقوله اذا اراد احدكم
فيه دليل على ان الاضحية ليست بواجبة ولما امر عليه
السلام لابي بردة باعادة اضحيته اذ ذبح قبل الصلاة
فهم قوم من هذا الوجوب ومذهب ابن عباس ان لا وجوب
قال عكرمة بعثني ابن عباس بدرهمين اشتري بهما
له لحما وقال من لقيت فقل له هذه اضحية ابن عباس
وروي عن بلال انه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد
في الغرض الذي يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف واختلفوا

هل يلزم

هل يلزم الذي يريد التضحية ان لا ياخذ في العشر الاول من شعره واظفاره
ام لا والحديث بذلك ثابت الباب الثاني في هذا الباب اربع مسائل مشهورة
احداها في تمييز الجنس والثانية في تمييز الصفة والثالثة في معرفة
السن والرابعة في العدد المسألة الاولى اجمع العلماء على جواز
الضحايا من جميع بهيمة الانعام واختلفوا في الافضل من ذلك فذهب
مالك الى ان الافضل في الضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده
في الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب و
ابن شعبان وذهب الشافعي الى عكس ما ذهب اليه مالك في الضحايا
الابل ثم البقر ثم الكباش وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل
وذلك انه لم يرو عنه عليه السلام انه ضحى الا بكبش فكان ذلك دليلا على ان الكباش
في الضحايا افضل وذلك في بعض الناس في البخاري عن ابن عمر ما يدل على خلاف
ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى
واما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب ان يكون الافضل فيها
الافضل في الهدايا وقد احتج الشافعي لمذهبه بعموم قوله عليه
السلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في
الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الثالثة فكانما قرب
كبشا الحديث فكان الواجب حمل هذا الحديث على جميع القرب
بالحيوان واما مالك فحمله على الهدايا فقط لئلا يعارض
الفعل القول وهو اولى وقد يمكن ان يكون لاختلافهم سبب اخر
وهو هل الذبح الذي فدي به ابراهيم سنة باقية وانه الاضحية
وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه في الاخرين فمن ذهب الى هذا
قال الكباش افضل ومن راى ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده

ليلة على الكباش فقال مع أنه قد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالكبش وإذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير إلى قول
الشافعي وكلهم مجمعون على أنه لا تجزئ الضحية بغير بهيمة الأنعام
إلا ما حكي عن الحسن بن صالح أنه تجوز التضحية ببقرة الوحش عن
سبعة والظبي عن واحد ❁ المسألة الثانية أجمع العلماء على اجتناب
العرجاء البين عرجها في الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفاء
التي لا تنقي مصيرا للحديث البراء بن عازب أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربع وكان
البراء يشير بيده ويقول يدي أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم
العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي وكذلك أجمعوا على أن ما كان من هذه الأربع
خفيفا فلا تأثير له في منع الإجزاء ❁ واختلفوا في موضعين أحد
هما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى
وقطع اللسان والثاني فيما كان مساويا لها في إفادة النقص
وشبهها أعني ما كان من العيوب في الأذن والعين والذنب والضرس
وغير ذلك من الأعضاء ولم يكن يسيرا فأما الموضع الأول فإن
الجمهور على أن ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهي
أحرى أن تمنع الإجزاء وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يمنع الإجزاء
ولا يجب بالجملة اجتناب ما سوى هذه العيوب التي وقع النص عليها ❁ وسبب
اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أريد به الخصوص أو خاص
أريد به العموم فمن قال أريد به الخصوص ولذلك أخبر بهذا العدد
قال لا يمنع الإجزاء إلا هذه الأربعة فقط ومن قال خاص أريد به

الضحية

والعوراء البين عورها

العموم وذلك من النوع الذي يقع فيه التنبيه بالأدنى على الأعلى قال
ما هو أشد من المنصوص عليها هو أحرى أن لا يجزئ ❁ وأما الموضع الثاني
أعني ما كان من العيوب في سائر الأعضاء مفيدا للنقص على نحو إفادة
هذه العيوب المنصوص عليها الأربع فإنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال
أحدها أنه لا يمنع الإجزاء وإن كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار
وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك والقول الثاني أنه
يمنع الإجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب
مالك في الكتب المشهورة والقول الثالث أنه لا يمنع الإجزاء
ولا يستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر ❁ وسبب اختلافهم
شيئان أحدهما اختلافهم في مفهوم الحديث المتقدم والثاني
تعارض الآثار في هذا الباب أما الحديث المتقدم فمن رآه
من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى الأربع
مما هو مساو لها أو أكثر منها ❁ وأما من رآه من باب الخاص
أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده من باب التنبيه
بالأدنى على الأعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوي على
المساوي قال يلحق بهذه الأربعة ما كان أشد منها ولا
يلحق بها ما كان مساويا لها في منع الإجزاء إلا على وجه
الاستحباب ومن كان عنده أنه من باب التنبيه على الأمرين
جميعا أعني على ما هو أشد من المنطوق به أو مساو له قال تمنع
العيوب الشبيهة بالعيوب المنصوص عليها الإجزاء كما تمنعه

العيوب التي هي اكثر منها فهذا هو احد اسباب الخلاف في هذه المسئلة
وهو من قبيل تردد اللفظ بين ان يفهم منه المعنى الخاص او المعنى العام ثم ان فهم
منه العام فاي عام هو هل الذي هو اكثر من ذلك او الذي هو اكثر
والمساوي معا على المشهور من مذهب مالك **واما السبب**
الثاني فانه ورد في هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان
خرجه النسائي عن ابي بردة انه قال يا رسول الله اني اكره النقص
يكون في القرن والاذن فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولا تحرمه
على غيرك وخرج عن علي بن ابي طالب قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان نستشرف العين والاذن ولا نضحي بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابرة ولا بتراء
[illegible] بدل ولا بتراء ولا مقابلة والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء
المثقوبة الاذن والمدابرة التي قطع من جنبتي اذنها من خلف فمن رجح
حديث ابي بردة قال لا يتقى الا العيوب الاربعة او ما هو اشد منها ومن جمع
بين الحديثين بان حمل حديث ابي بردة على اليسير الذي هو غير بين وحديث
علي على الكثير الذي هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ما هو مساو لها او اكثر
جرى الصماء بهذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه
الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر
الاكثر وكذلك الامر في ذهاب الاسنان والطباء الثدي واعلى القرن فاما ما كان
على اليبس فهل هو [illegible] منه عيبا الا ان يكون يدمي فانه عنده من باب المرض ولا
خلاف في ان المرض البين يمنع الاجزاء وخرج ابو داود ان النبي عليه السلام نهى
عن عضباء الاذن والقرن واختلفوا في السكاء وهي التي خلقت بلا اذنين فذهب
مالك والشافعي الى انها لا تجوز وذهب ابو حنيفة الى انه اذا كان خلقة جاز كالا
جم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله او اكثره عيب وكل هذا الاختلاف
راجع الى ما قلناه واختلفوا في الابتر فقوم اجازوه لحديث جابر الجعفي عن محمد
بن قرظة عن ابي سعيد الخدري انه قال اشتريت كبشا لاضحي به فاكل الذيب ذنبه

فسالت

فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح به وجابر عند اكثر المحدثين لا يحتج
به ومنع ايضا منعوه لحديث علي المتقدم **واما المسئلة الثالثة**
وهي معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم اجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المعز
بل الثني فما فوقه لقوله عليه السلام لابي بردة لما امره بالاعادة تجزئ عنك ولا
تجزئ جذعة عن احد غيرك واختلفوا في الجذع من الضان فالجمهور على جوازه
وقال قوم بل الثني من الضان **وسبب** اختلافهم معارضة العموم للخصوص
فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا
الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان خرجه مسلم والعموم
هو ما جاء في حديث ابي بردة بن نيار من قوله عليه السلام ولا تجزئ جذعة
عن احد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب ابي محمد بن حزم
في هذه المسئلة لانه زعم ان ابا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم
من ليس يحمل العنعنة من قوله على المسند لتسامحه في ذلك الا وحديث ابي بردة
لا مطعن فيه واما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ما هو عند الجمهور فانه
ليس فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضان المنصوص عليه وهو الاولى
وقد صحح هذا الحديث ابو بكر بن مفوز وغلط ابا محمد بن حزم فيما نسب الى ابي الزبير
في غالب ظني في قول له رد فيه على ابن حزم **واما المسئلة الرابعة**
وهي عدد ما يجزئ من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك يجوز
ان يذبح الرجل الكبش او البقرة او البدنة مضحيا عن نفسه وعن اهل بيته الذين
تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا واجاز الشافعي وابو حنيفة و
جماعة ان يذبح الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحيا او مهديا واجمعوا
على ان الكبش لا يجزئ الا عن واحد الا ما رواه مالك من انه يجزئ ان يذبح الرجل
عن نفسه وعن اهل بيته لا على جهة الشركة بل اذا اشتراه مفردا وذلك لما روي
عن عائشة انها قالت كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا ضحى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ازواجه وخالفه في ذلك ابو حنيفة والثوري

على وجه الكراهية لا على وجه عدم الإجزاء. وسبب اختلافهم معارضة الأصل
في ذلك للقياس المبني على الأثر الوارد في الهدايا، وذلك أن الأصل هو أن لا يجزي إلا
واحد عن واحد، ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك في الضأن. وإنما قلنا إن الأصل
هو أن لا يجزي إلا واحد عن واحد لأن الأمر بالتضحية لا يتبعض إذ كان من له شرك في ضحيته
ليس ينطلق عليه اسم مضح إلا إن قام الدليل الشرعي على ذلك. وأما الأثر الذي انبنى
عليه القياس المعارض لهذا الأصل فما روي عن جابر أنه قال: نحرنا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة، فقاس
الشافعي وأبو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا. وأما مالك فرجح الأصل على
القياس المبني على هذا الأثر لأنه اعتل لحديث جابر بأن ذلك كان حين صد
المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت، وهدي المحصر بعدو ليس هو
عنده واجبا وإنما هو تطوع، وهدي التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك، ولا يجوز
في الهدي الواجب. لكن على القول بأن الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها
على هذا الهدي. وروى عنه ابن القاسم أنه لا يجوز الاشتراك لا في هدي تطوع ولا
وجوب، وهذا كأنه رد للحديث لمكان مخالفته للأصل في ذلك. وأجمعوا على
أنه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة، وإن كان قد روي من حديث رافع
بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة. قال الطحاوي: وإجماعهم
على أنه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة دليل على أن الآثار في
ذلك غير صحيحة. وإنما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في أضحيته أو هديه
لما رواه عن ابن شهاب أنه قال: ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته إلا بدنة
واحدة أو بقرة واحدة. وإنما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعني في التشريك
لأن الإجماع انعقد على منع التشريك فيه في الأجانب، فوجب أن يكون الأقارب
في قياس الأجانب. وإنما فرق مالك في ذلك بين الأجانب والأقارب لقياسه الضحايا على
الهدايا في الحديث الذي احتج به أعني حديث ابن شهاب، فمن هنا اتبع في هذه المسألة ترجيح
التعارض إلا قياسه في هذا الباب أعني إلحاق الأقارب بالأجانب أو قياس الضحايا على الهدايا

الأواخر

المحصور

الباب

الباب [...] فيما يتعلق بالذبح المختص بالضحايا بالنظر في الوقت والذابح. أما الوقت فإنهم اتفقوا فيه
في ثلاثة مواضع في ابتدائه وانتهائه وفي الليل المتخلل له. فأما في ابتدائه فإنهم اتفقوا على
أن الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله عليه السلام: من ذبح قبل الصلاة فإنما هي شاة لحم،
وأمره بالإعادة لمن ذبح قبل الصلاة، وقوله: أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن
نصلي ثم ننحر، إلى غير ذلك من الآثار الثابتة في هذا المعنى. واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح
الإمام وبعد الصلاة، فذهب مالك إلى أنه لا يجوز لأحد ذبح أضحيته قبل ذبح الإمام.
وقال أبو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الإمام. وسبب اختلافهم
اختلاف الآثار في هذا الباب، وذلك أنه جاء في بعضها أن النبي عليه السلام
أمر أن يعيد الذبح من ذبح قبل الصلاة، وفي بعضها أنه أمر من ذبح قبل أن يذبح هو
أن يعيد. خرج الحديث الذي فيه هذا المعنى مسلم، فمن جعل ذلك موطنين اشترط
ذبح الإمام في جواز الذبح، ومن جعل ذلك موطنا واحدا قال: إنما يعتبر في جواز
الذبح الصلاة فقط. وقد اختلفت الرواية في حديث أبي بردة بن نيار، وذلك
أن في بعض رواياته أنه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن يعيد الذبح، وفي بعضها أنه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره
بالإعادة. وإذا كان ذلك كذلك فيحمل قول من قال من الرواة أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقول الآخر أنه ذبح قبل الصلاة على موطن واحد، أو الرد إلى أن من
ذبح قبل الصلاة فهو ذابح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيجب أن يكون
المؤثر في عدم الإجزاء إنما هو الذبح قبل الصلاة، كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك
من حديث أنس وغيره أن من ذبح قبل الصلاة فليعد. وذلك أن تأصيل هذا الحكم
منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية أن الذبح بعد الصلاة
يجزي، لأنه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق بإجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول
الله صلى الله عليه وسلم مع أن فرضه التبيين. ونص حديث أنس هذا قال: قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر: من كان ذبح قبل الصلاة فليعد. واختلفوا من هذا
الباب في من هو مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له إمام من أهل القرى، فقال
مالك: يتحرون ذبح أقرب الأئمة إليهم. وقال الشافعي: يتحرون قدر الصلاة والخطبة

جواز

أمر

ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من أهل البوادي بعد الفجر أجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس
وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو إذا لم يذبح الإمام في المصلى فقال
قوم يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك وأما آخر زمان الذبح فإن
مالكا قال آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده
هو في الأيام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وروي عن جماعة أنهم قالوا الأضحى
يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح إلى آخر يوم من ذي الحجة وهو
شاذ لا دليل عليه وكل هذه الأقاويل مروية عن السلف وسبب اختلافهم
شيئان أحدهما اختلافهم في الأيام المعلومات ما هي في قوله تعالى ليشهدوا
منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام
فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الأول من ذي الحجة
والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك
أنه ورد فيه عنه عليه السلام أنه قال كل فجاج مكة منحر وكل أيام التشريق
ذبح فمن قال في الأيام المعلومات إنها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية رجح
دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور وقال لا يجوز إلا في هذه الأيام ومن رأى الجمع
بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما إذ الحديث اقتضى حكما زائدا
على ما في الآية مع أن الآية ليس المقصود منها تحديد أيام الذبح والحديث المقصود
منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع إذ كان باتفاق من أيام
التشريق ولا خلاف بينهم أن الأيام المعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة
بعد يوم النحر إلا ما روي عن سعيد بن جبير أنه قال يوم النحر من أيام التشريق
وإنما اختلفوا في الأيام المعلومات على القولين المتقدمين وأما من قال
يوم النحر فقط فبناء على أن المعلومات هي العشر الأول وإذا كان الإجماع
قد انعقد أنه لا يجوز الذبح منها إلا في اليوم العاشر وهو محل الذبح المنصوص
عليها فواجب أن يكون الذبح إنما هو يوم النحر فقط وأما المسألة الثالثة
وهي اختلافهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر فذهب مالك في المشهور عنه أنه لا يجوز
الذبح في ليالي أيام النحر وذهب الشافعي وجماعة إلى جواز ذلك وسبب اختلا

فهم الاشتراك الذي في اسم اليوم وذلك أنه مرة تطلقه العرب على اليوم والليلة مثل قوله
تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ومرة تطلقه على الأيام دون الليالي مثل قوله تعالى سخرها
عليهم سبع ليال وثمانية أيام فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل في قوله تعالى ليذكروا اسم
الله في أيام معلومات قال يجوز الذبح والنحر بالليل والنهار في هذه الأيام ومن قال ليس
يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا النحر بالليل والنهار وهل اسم
اليوم أظهر في أحدهما من الثاني ويشبه أن يقال إنه أظهر في النهار منه في الليل لكن
إن سلمنا أن دلالته في الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل إلا بنحو
ضعيف من أنحاء دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم
وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى إنهم قالوا إنه ما قال به أحد
من المتكلمين إلا الدقاق فقط إلا أن يقول قائل إن الأصل هو الحظر في الذبح وقد
ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل وأما الذابح فإن العلماء استحبوا
أن يكون المضحي هو الذي يلي ذبح أضحيته بيده واتفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره
على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية إذا ذبحها غيره بغير إذنه فقيل لا تجوز
وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولدا أو أجنبيا أعني أنه يجوز إن كان صديقا
أو ولدا ولم يختلف المذهب فيما أحسب أنه إن كان أجنبيا أنها لا تجوز الباب
الرابع في أحكام لحوم الضحايا واتفقوا على أن المضحي مأمور أن يأكل من أضحيته
ويتصدق لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقوله فكلوا منها
وأطعموا القانع والمعتر ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا كلوا وتصدقوا
وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالأكل والصدقة معا أم هو مخير
بين أن يفعل أحد الأمرين أعني أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل فقال مالك
ليس له أن يفعل أحد الأمرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها أثلاثا ثلثا
للادخار وثلثا للصدقة وثلثا للأكل لقوله عليه السلام فكلوا وتصدقوا
وادخروا وقال عبد الوهاب في أن الأكل أنه ليس بواجب في المذهب خلافا لقوم
أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا إلى الثلاثة الأقسام
التي تضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت أنه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا
في جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به فقال الجمهور
لا يجوز بيعه وقال أبو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أي بالعروض

وقال عطا يجوز بكل شي دراهم وغيرها وانما فرق ابو حنيفة بين الدراهم وغيرها
لانه راى ان المعاوضة بالعروض هي من باب الانتفاع لاجماعهم على انه يجوز ان ينتفع بها

كتاب الذبائح

والقول المحيط بقواعد هذا الباب ينحصر في اربعة ابواب الباب الاول
في معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبوح او المنحور الباب الثاني في معرفة الذبح والنحر الباب
الثالث في معرفة الالة التي بها يكون الذبح والنحر الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة
الباب الخامس في معرفة الذابح والناحر والاصول هي الاربعة والشروط ولم يمكن ان توجد
في الاربعة الابواب والاسهل في التقسيم ان نجعل بابا على حدته

الباب الاول

والحيوان في اشتراط الذكاة في اكله على قسمين حيوان لا يحل الا بذكاة وحيوان
يحل بغير ذكاة ومن هذا ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفقوا على
ان الحيوان الذي يعمل فيه الذبح هو الحيوان البري ذو الدم الذي ليس بمحرم ولا
منفوذ المقاتل ولا ميئوس منه بوقذ او نطح او تردي او افتراس سبع او مرض وان
الحيوان البحري ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا في الحيوان الذي ليس بدمي مما يجوز
اكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة ام لا وفي الحيوان الذي يكون تارة في
البحر وتارة في البر مثل السلحفات وغيره واختلفوا في تاثير الذكاة في الاصناف
التي نص عليها في اية التحريم وتاثير الذكاة فيما لا يحل اكله اعني في تحليل الانتفاع بجلو
دها وسلب النجاسة عنه ففي هذا الباب اذن ست مسايل المسئلة
الاولى في تاثير الذكاة في الاصناف الاربعة التي نص عليها في الاية اذا ادركت حية
المسئلة الثانية في تاثير الذكاة في الحيوان المحرم الاكل المسئلة
الثالثة في تاثير الذكاة في المريضة المسئلة الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة
امه ام لا المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة ام لا المسئلة السادسة هل للحيوان
الذي ياوي في البر تارة وفي البحر تارة ذكاة ام لا المسئلة الاولى اما المو
قوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع فانهم اتفقوا فيما اعلم انه اذا
لم يبلغ الوقذ منها الى حالة لا ترجى فيها ان الذكاة عاملة فيها اعني انه اذا غلب على الظن
انها تعيش وذلك بالا يصاب لها مقتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها تهلك
من الذي اصابه مقتلا او غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب ابي حنيفة
والمشهور من قول الشافعي وهو قول الزهري وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها
وعن مالك في ذلك الوجهان والاشهر انها لا تعمل في الميؤوس منها وبعضهم تاول

بان يصاب مقتل لها
نخ
لا تعمل

في المذهب

في المذهب ان الميئوس منها على ضربين مشكوك فيها وميئوسة مقطوع بموتها وهي المنفوذة
المقاتل على اختلاف بينهم في اصابة المقاتل فاما الميئوسة المشكوكة ففي المذهب
فيها روايتان مشهورتان واما المنفوذة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول
ان الذكاة لا تعمل فيها وان كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف وسبب اختلافهم
اختلافهم في قوله تعالى الا ما ذكيتم هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناو
وله اللفظ وهي الموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع على عادة الاستثناء
المتصل او هو استثناء منقطع لا تاثير له في الجملة المتقدمة اذ كان هذا ايضا شان
الاستثناء المنقطع من كلام العرب فمن قال انه متصل قال الذكاة تعمل في هذه
الاصناف الاربعة واما من قال الاستثناء منقطع فانه قال لا تعمل الذكاة فيها
وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل في المرجوة منها
قالوا فهذا يدل على ان الاستثناء له تاثير فيها فهو متصل واحتج ايضا من رأى
انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الاربعة وهي حية و
انما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك
ان معنى قوله تعالى حرمت عليكم الميتة انما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والمتردية وسائر ما ذكر ثم
الميتة بهذه الاسباب سوى التي تموت من تلقاء نفسها وهي التي تسمى ميتة اكثر ذلك في العرف
او بالحقيقة قالوا فلما علمنا ان المقصود لم يكن تعلق التحريم باعيان هذه وهي حية وانما علق بها
بعد الموت لان في الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه السلام
ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة وجب ان يكون قوله الا ما ذكيتم استثناء منفصلا لكن
الحق في ذلك ان كيفما كان الامر في الاستثناء فواجب ان تكون الذكاة تعمل فيها وذلك
انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الاية بعد الموت وجب ان تدخل في التذكية
من جهة ما هي حية الاصناف الاربعة وغيرها لانها مادامت حية مساوية
لغيرها في ذلك من الحيوان اعني انها تقبل الحلية من قبل التذكية التي الموت منها
بسببه الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلا خفاء بوجوب ذلك ويحتمل ان يقال
ان عموم التحريم يمكن ان يفهم منه تناول اعيان هذه الاربعة بعد الموت وقبله كالحال
في الخنزير الذي لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء رافعا التحريم اعيانها لا التنصيص
على عمل الذكاة فيها واذا كان ذلك كذلك لم يكن ما اعترض به ذلك المعترض من انه
يستدل على كون الاستثناء متصلا واكثر من فرق بين المنفوذة المقاتل والمـ
ـشكوك فيها فيحتمل ان يقال ان مذهبه ان الاستثناء منقطع وانه انما اجاز تاثير
الذكاة في المرجوة بالاجماع وقاس المشكوك فيها على المرجوة ويحتمل ان يقال ان الاستثناء
متصل ولكن استثنى هذا الصنف من الموقوذة بالقياس وذلك ان الذكاة انما يجب ان تعمل

في حين يقع انفاذها بسببه الموت فاما اذا اشكل هل كان موجبا للموت الذكاة او الوقذ والنطح
فلا يجب ان تعمل في ذلك وهذه هي حال المنفوذة المقاتل ولهذا يقول ان المنفوذة المقاتل
في حكم الميتة والذكاة غير مشترطها الا ان ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة وعلى الحقيقة اذا
تاملت اقاويلهم توجد مشتركة لا ان الاستثناء منفصل بالاطلاق ولا انه متصل
بالاطلاق كان يلزم لو حمل على انه متصل بالاطلاق ان تعمل في الميؤوسة وغير الميؤو
سة ولو حمل ايضا على انه منفصل بالاطلاق عملت الذكاة في المرجوة الحياة
الثانية واما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمة الاكل حتى تطهر بذلك جلودها
فانهم ايضا اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها ما عدا الخنزير
وبه قال ابو حنيفة الا انه اختلف المذهب في كون السباع محرمة او مكروهة على ما
سياتي في كتاب الاطعمة وقال الشافعي الذكاة تعمل في كل حيوان محرم الاكل فيجوز
بيع جميع اجزائه والانتفاع بها ما عدا اللحم وسبب الخلاف هل جميع اجزاء الحيوان
تابعة للحم في الحلية والحرمة ام ليست تابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل
الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن راى انها ليست تابعة قال وان لم تعمل في اللحم فانها
تعمل في سائر اجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل
المحلل للحم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الا ان يدل الدليل على ارتفاعها
الثالثة واختلفوا في تاثير الذكاة في الشاة التي اشرفت على الموت بعد اتفاقهم على عمل الذكاة
في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على ان الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروي عنه
ان الذكاة لا تعمل فيها وسبب الخلاف معارضة القياس للاثر فاما الاثر فهو ما روي
ان امة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر
فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخاري ومسلم واما القياس
فلان المعلوم من الذكاة انها انما تعمل في الحي وهذه في حكم الميت وكلهم اجاز ذبحها
فانهم اتفقوا على انه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على الحياة واختلفوا فيما
هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول مذهب
اي الحركة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف العين
وتحريك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن اسلم وهو الذي
اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب ومن الحجة
بينها وبين الميؤ
على الذكاة في الميؤوسة منها من سبعي من خارج
سة منها الرابعة واختلفوا هل تعمل ذكاة الام في جنينها
اي ليس تعمل فيه وانما هو ميتة اعني اذا خرج ميتا بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء
الى ان ذكاته في ذكاة امه وبه قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة ان خرج
حيا

حياة ذبح واكل وان خرج ميتا فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاته ذكاة امه
بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم
لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة
الاثر المروي في ذلك من حديث ابي سعيد الخدري مع مخالفته للاصول و
حديث ابي سعيد هو قال سالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن البقرة او الناقة او الشاة ينحرها احدنا فيجد في بطنها جنينا
اياكله ام يلقيه فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه وخرج
مثله الترمذي وابو داود عن جابر واختلف في تصحيح هذا الاثر
فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم واحد من صححه الترمذي واما
مخالفة الاصل في هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حيا ثم
مات بموت امه فانما يموت خنقا فهو من المنخنقة التي ورد النص
بتحريمها والى تحريمه ذهب ابو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث
واما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه او لا
اشتراطه فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك
ان عموم قوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه يقتضي
ان لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكاة يقتضي ان يشترط
فيها الحياة قياسا على الاشياء التي تعمل فيها التذكية و
الحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا
القياس ان هذا الشرط مروي عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة
وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا اشعر الجنين
فذكاته ذكاة امه وروى ابن المبارك عن ابن ابي ليلى قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه اشعر او لم يشعر

ولان الحي ليس سبب الخطا عندهم والقياس يقتضي ان تكون ذكاته في ذكاة
امه من قبل انه جزء منها ولان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه
فيضعف ان يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره
عن اصحاب مالك **المسألة الخامسة** واختلفوا في الجراد
فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو ان يقتل
اما بقطع راسه او بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز
اكل ميتته وبه قال مطرف وذكاة ما ليس بذي دم عند مالك
كذكاة الجراد وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هل يتناوله اسم
الميتة ام لا في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وللخلاف سبب
اخر وهو هل هو نثرة حوت او حيوان بري **المسألة**
السادسة واختلفوا في الذي يتصرف في البر والبحر هل يحتاج
الى ذكاة ام لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب اخرون حكم البحر
واعتبر اخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالبا **الباب**
الثاني في الذكاة وفي قواعد هذا الباب مسائل المسألة الاولى
في انواع الذكاة المختصة بصنف صنف بهيمة الانعام
الثانية في صفة الذكاة الثالثة في شروط الذكاة
المسألة الاولى واتفقوا على ان الذكاة
في بهيمة الانعام نحر وذبح وان من سنة الغنم والطير الذبح
وفي الابل النحر وان البقر يجوز فيها النحر والذبح واختلفوا
هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فذهب
مالك الى انه لا يجوز النحر في الغنم ولا الطير ولا الذبح في
الابل وذلك في غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز
جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وابو

حنيفة

مطلب

مسائل

مطلب

حنيفة والثوري وجماعة العلماء وقال اشهب ان نحر ما يذبح
او ذبح ما ينحر اكل ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين الغنم
والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة
بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة
وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم
فاما العموم فقوله عليه السلام ما انهر الدم وذكر
اسم الله عليه فكلوا **واما** الفعل فانه ثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الابل والبقر وذبح
الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى ان الله
يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى في الكبش وفديناه بذبح
عظيم **المسألة الثانية واما صفة الذكاة**
فانهم اتفقوا على ان الذبح الذي يقطع فيه الودجان
والمريء والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا من ذلك
في مواضع **احدها** هل الواجب قطع الاربعة كلها
او بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل او الاكثر
وهل من شرط القطع ان تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة
الراس وهل ان قطعها من جهة العنق جاز اكلها ام لا
وهل ان تمادى في قطع هذه الى قطع النخاع جاز ذلك ام لا
وهل من شرط الذكاة الا يرفع يده حتى تتم الذكاة ام لا
فهذه ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه

في نهاية القطع وفي جهته اعني من قدام او من خلف وفي صفته اما
المسئلة الاولى فان المشهور عن مالك في ذلك
هو قطع الودجين والحلقوم وانه لا يجوز اقل من ذلك وقيل عنه بل
الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب في ان الشرط في قطع
الودجين هو استيفاؤهما واختلف في قطع الحلقوم على القول بوجوبه
فقيل كله وقيل اكثره واما ابو حنيفة فقال الواجب في التذكية
هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربع اما الحلقوم والودجان
واما المريء والحلقوم واحد الودجين او المريء والودجان وقال
الشافعي بل الواجب قطع المريء والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن
الواجب قطع اكثر كل واحد من الاربعة وسبب اختلافهم انه لم يات
في ذلك شرط منقول وانما جاء في ذلك اثران احدهما يقتضي انهار
الدم فقط والاخر يقتضي قطع الاوداج مع انهار الدم ففي حديث رافع
بن خديج انه قال عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل وهو حديث
متفق على صحته وروي عن ابي امامة عن النبي عليه السلام انه قال ما فرى الاوداج
فكلوا ما لم يكن رض ناب او حز ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضي قطع بعض
الاوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفي الثاني قطع جميع الاوداج
فالحديثان والله اعلم متفقان على قطع الودجين اما احدهما او البعض
من كليهما او من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين يشترط ...
التصريح في قوله عليه السلام ما فرى الاوداج البعض لا الكل اذ
كانت لام التعريف في كلام العرب قد تدل على البعض واما من اشترط
قطع الحلقوم او المريء فليس له حجة من السماع واكثر من ذلك
من اشترط المريء او الحلقوم دون الودجين
ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع

لا يجزئ

ما وقع

218

ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطا في التحليل ولم يكن هنالك نص فيما يجزئ وجب
ان يكون الواجب في ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء
من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطا في الصحة واما
المسئلة الثالثة في موضع القطع وهو ان لم يقع الجوزة في نصفها وخرجت الى جهة البدن
واختلف فيه في المذهب فقال مالك وابن القاسم لا تؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب
تؤكل وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة او ليس بشرط فمن قال ان القطع فوق الجوزة
جاز واما المسئلة الرابعة وهي ان يقطع فمن قال انه شرط قال لا بد ان تقطع الجوزة لانه
اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة
جاز واما المسئلة الرابعة وهي ان قطع اعضاء الذكاة من ناحية العنق فان المذهب
لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم واجاز ذلك الشافعي
وابو حنيفة واسحاق وابو ثور وروي ذلك عن ابن عمر وعلي وعمران بن الحصين وسبب
اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوذة المقاتل او لا تعمل وذلك ان القاطع لاعضاء الذكاة
من القفا لا يصل اليها بالقطع الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة
على حيوان قد اصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة واما المسئلة الخامسة
وهي ان يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع وان نوى
قطع النخاع من اول لان ذلك نوى ذلك فكانه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف
وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متعمدا دون جهل وتؤكل ان قطعها ساهيا او جاهلا واما
المسئلة السادسة وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف
ان ذلك من شرط الذكاة وانه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم اعادها وقد تباعد ذلك ان تلك
الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا اعاد يده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب اذا اعاد يده
بالفور اكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختيار هل تمت الذكاة
او لا فاعادها على الفور ان تبين له انها لم تتم اكلت وهو احد ما تأول على سحنون وقد
تؤول قوله على الكراهية قال ابو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان اجود اعني انه
وهو يظن انه قد اتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها لا تؤكل لانه اول رفع من
الشك وهذا على اعتقاد هنه يقينا وهذا مبني على ان من شرط الذكاة قطع كل اعضاء

مسلما

الذكاة فإذا رفع يده قبل أن يستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة فلا تؤكل فيها العودة
لأنها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوذة المقاتل قال القاضي رحمه الله هذه المسائل كلها اختلفوا
فيها لمسكوت عنها في الشرع ~~وذلك سكت عنها فليلحق بذلك والنظر~~ إنما هو هل سكت
عنها تغليظاً على المجتهدين وابتلاء لهم أو لكونها معفواً عنها في الشرع ولذلك سكت
عنها فليلحق في ذلك جمهور الأصل في هذا الباب وفي كثير من الأبواب فإن المسكوت عنه
في الشرع يدل على ضربين ضرب يقتضي مفهوم الشرع النظر فيه وضرب يتردد هل السكوت
عنه لمكان العفو عنه أو لمكان نظر العلماء ولذلك كثيراً ما يختلف في هذا الجنس
القائلون بالقياس والنافون له **الباب الثالث** فيما به تكون الذكاة أجمع
العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفرى الأوداج من حديد أو صخر أو عود أو قصب أن التذكية
به جائزة **و**اختلفوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية
بالعظم ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين أن يكونا
منزوعين أو لا يكونا منزوعين فأجاز التذكية بهما إذا كانا منزوعين ولم يجزها إذا
كانا متصلين ومنهم من قال إن الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ولا خلاف
في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة إذا أنهر الدم واختلف في السن والظفر على الأقاويل
الثلاثة أعني بالمنع مطلقاً والفرق بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لا بالمنع وسبب
اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه السلام في حديث رافع بن خديج
وفيه قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إنا لاقوا العدو غداً وليس معنا مدى أفنذبح
بالقصب فقال عليه السلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن
والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم
لأن ذلك لمكان أن هذه الأشياء ليس في طبعها أن تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم من ذلك
أنه شرع غير معلل والذين فهموا أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل
على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهية لا على
وجه الحظر ومن فهم أن المعنى في ذلك أنه لا ينهر الدم غالباً قال إذا وجد منهما ما ينهر
الدم جاز ولذلك قال بعضهم أن يكونا منفصلين إذ كان إنهار الدم منهما بهذه
الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي عنها مشروع غير معلل

وانه

فيه هنا

عنها

وأنه يدل على فساد المنهي قال إن ذبح بهما لم تقع التذكية وإن أنهر الدم ومن
رأى أنه لا يدل على فساد المنهي قال إن فعل وأنهر الدم أثم وحلت الذبيحة
ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق
بين الظفر والسن فإنه عليه السلام قد علل المنع في السن بأنه عظم ولا خلاف
أنه يجوز في غير العظم مع عدم المحددات مع وجود الحديد لقول النبي صلى الله عليه
وسلم إن الله كتب الإحسان على كل مسلم فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا
ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته خرجه مسلم
الباب الرابع في شروط الذكاة وفي هذا الباب أربع مسائل المسألة
الأولى في اشتراط التسمية الثانية في اشتراط القبلة الثالثة في اشتراط
النية **المسألة الأولى** واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على
ثلاثة أقوال فقيل هي فرض على الإطلاق وقيل بل هي فرض مع الذكر ساقطة
مع النسيان وقيل بل هي سنة مؤكدة وبالقول الأول قال أهل الظاهر وابن
عمر والشعبي وابن سيرين وبالقول الثاني قال مالك وأبو حنيفة والثوري
وبالقول الثالث قال الشافعي وأصحابه وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة
وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للأثر فأما الكتاب فقوله
تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق **و**أما السنة المعارضة
لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال سئل رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقيل له يا رسول الله إن ناساً من أهل البادية يأتوننا
بلحمان ولا ندري أسموا عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا
الله عليها ثم كلوا فذهب مالك إلى أن الآية ناسخة للحديث وتأول أن هذا
الحديث كان في أول الإسلام ولم ير ذلك الشافعي لأن هذا الحديث ظاهره أنه كان
بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا الجمع بأن حمل
الأمر بالتسمية على الندب **و**أما من اشترط الذكر في الوجوب فمصيراً إلى قوله
عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه **المسألة**

ثلاثة

لهذا

الثانية وأما استقبال القبلة بالذبيحة فإن قوما استحبوا ذلك وقوما كرهوا ألا يستقبل بها القبلة وقوما أباحوا ذلك وقوما أوجبوا استقبال القبلة والكراهية والمنع موجود في المذهب وهي مسكوت عنها والأصل فيها الإباحة إلا أن يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شيء يصلح أن يكون أصلا تقاس عليه هذه المسئلة إلا أن يستعمل فيه قياس مرسل وهو القياس الذي لا يستند إلى أصل مخصوص عند من أجازه أو قياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب أن يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لأنه ليس كل عبادة يشترط فيها الجهة ما عدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت.

المسئلة الثالثة وأما اشتراط النية فقيل في المذهب بوجوب ذلك ولا أذكر في خارج المذهب في هذا الوقت خلافا في ذلك ويشبه أن يكون في هذا قولان قول بالوجوب وقول بترك الوجوب فمن أوجب قال عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد فوجب أن يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل منه فوات النفس الذي هو المقصود فوجب ألا يشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة إزالة عينها.

الباب الخامس

فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز والمذكور في الشرع ثلاثة أصناف صنف اتفق على جواز ذكاته وصنف اتفق على منع ذكاته وصنف اختلف فيه فأما الصنف الذي اتفق على جواز ذكاته فمن جمع خمسة شروط الإسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضييع الصلاة وأما الذي اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الأصنام لقوله تعالى وما ذبح على النصب وما أهل به لغير الله وأما الذين اختلف فيهم فأصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة أهل الكتاب والمجوس والصابئ والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضيع الصلاة والسارق والغاصب فأما أهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب

حل

تذكيته صح

حل لكم ويختلفون في التفصيل فاتفقوا على أنهم إذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا مرتدين وذبحوا لأنفسهم وعلى أنهم سموا الله على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها على أنفسهم أنه يجوز منها ما عدا الشحم واختلفوا في أضداد هذه الشروط أعني إذا ذبحوا لمسلم باستنابة أو كانوا من نصارى بني تغلب أو مرتدين وإذا لم يعلم أنهم سموا الله أو جهل مقصود ذبحهم أو علم أنهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم أو كانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر أو كانت مما حرموها على أنفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقة إلهية وكذلك إن اختلفوا في الشحوم فأما إذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل في المذهب عن مالك لا يجوز وقيل يجوز وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الإسلامية في ذلك أم لا فمن رأى أن النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي للمسلم لأنه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب أعني قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستنيب تجزئ وهو أصل قول ابن وهب وأما المسئلة الثانية وهي ذبائح نصارى بني تغلب والمرتدين فإن الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح أهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو أحد قولي الشافعي وهو مروي عن علي رضي الله عنه وسبب الخلاف هل يتناول اسم العرب المتنصرين أو المتهودين اسم الذين أوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الأمم المختصة بالكتاب وهم بنو إسرائيل والروم وأما المرتد فالجمهور على أن ذبيحته لا تؤكل وقال إسحاق ذبيحته جائزة وقال الثوري مكروهة وسبب الخلاف هل المرتد يتناوله اسم أهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة أهل الكتاب أو لا يتناوله وأما المسئلة

لأنفسهم صح

الثالثة وهو اذا لم يعلم ان اهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور
تؤكل وهو مروي ولست اذكر في هذا الوقت خلافا فيه ويتطرق اليه
الاحتمال بان يقال ان الاصل ان لا يؤكل من تذكيتهم الا ما كان على شروط
الاسلام فاذا قيل على هذا ان التسمية من شروط التذكية وجب الا تؤكل
ذبائحهم بالشك في ذلك واما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم
وكنائسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من اباحه
وهو قول اشهب ومنهم من حرمه وهو قول الشافعي وسبب
اختلافهم تعارض عمومي الكتاب في هذا الباب وذلك ان قوله تعالى
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يحتمل ان يكون مخصصا لقوله
تعالى وما اهل به لغير الله ويحتمل ان يكون قوله تعالى وما اهل به لغير
الله مخصصا لقوله وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اذ كان كل
واحد منهما يصح ان يستثنى من الاخر فمن جعل قوله تعالى وما اهل به لغير الله
مخصصا لقوله وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما اهل به
للكنائس والاعياد ومن عكس الامر قال يجوز واما اذا كانت الذبيحة
مما حرمت عليهم فقيل يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين ان تكون
محرمة بالتوراة او من قبل انفسهم اعني ان يباح ما ذبحوا مما حرموا على
انفسهم ويمنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة
موجودة في المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم
والتفرقة عن اشهب واصل الاختلاف معارضة عموم الاية لاشتراط
نية الذكاة اعني اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط
في التذكية قال لا تجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية
ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الاية المحللة قال تجوز هذه الذبائح
وهذا بعينه هو سبب اختلافهم في اكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف
في ذلك احد غير مالك واصحابه فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو

قول

221

قول اشهب ومنهم من قال مكروهة وهو المروي عن مالك ومنهم من قال
مباحة ويدخل في الشحوم سبب اخر من اسباب الخلاف سوى معارضة
العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة وهو هل تتبعض التذكية
او لا تتبعض فمن قال تتبعض قال لا يؤكل الشحم ومن قال لا تتبعض
قال يؤكل الشحم ويدل على تحليل الشحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل
اذ اصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم في كتاب الجهاد ومن فرق
بين ما حرم عليهم في اصل شرعهم وبين ما حرموا على انفسهم قال
ما حرم عليهم هو امر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على انفسهم
هو امر باطل فتعمل فيه الذكاة والحق ان ما حرم عليهم او حرموه على
انفسهم هو في وقت شريعة الاسلام امر باطل اذ كانت ناسخة لجميع
الشرائع فيجب الا يراعى اعتقادهم في ذلك ولا يشترط ايضا ان يكون
اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم
لانه لو اشترط ذلك لما جاز اكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون
اعتقاد شريعتهم في ذلك منسوخا واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم
وانما هذا حكم خصهم الله به فذبائحهم والله اعلم جائزة على الاطلاق
والا لم ينفع حكم اية التحليل جملة فتامل هذا فانه بين والله اعلم واما
المجوس فان الجمهور على انه لا تجوز ذبائحهم لانهم مشركون وتمسك
في اجازتها بعموم قوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب
واما الصابئون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من اهل
الكتاب ام ليسوا من اهل الكتاب واما المرأة والصبي فالجمهور
على ان ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك ابو
مصعب والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي وانما لم يختلف الجمهور
في المرأة لحديث معاذ بن سعد ان جارية لكعب بن مالك كانت ترعى
غنما بسلع فاصيبت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول

المرأة

الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح وأما المجنون والسكران فإن مالكا لم يجز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعي وسبب اختلافهم اشتراط النية في الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك إذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فإن الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع ذلك ورأى أنها ميتة وبه قال داود وإسحاق بن راهويه وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهي عنه أم لا فمن قال يدل قال السارق والغاصب منهي عن ذكاتها وتملكها فإذا ذكاها فسدت التذكية ومن قال لا يدل إلا إذا كان المنهي عنه شرطا من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لأنه ليس صحة الملك شرطا من شروط التذكية وفي موطأ مالك أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها بأسا وفرقة إباحة ذلك مع الكراهية فيما روي عن النبي عليه السلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب تم كتاب الذبائح بحمد الله وحسن عونه

كتاب الصيد

وهذا الكتاب في أصوله أيضا أربعة أبواب الباب الأول في حكم الصيد وفي محل الصيد الثاني فيما يكون به الصيد الثالث في صفة ذكاة الصيد والشروط المشترطة في عمل الذكاة في الصيد الرابع فيمن يجوز صيده

الباب الأول

وهو من الكتاب فأما حكم الصيد فالجمهور على أنه مباح لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ثم قال وإذا حللتم فاصطادوا واتفق العلماء على أن الأمر بالصيد بعد النهي في هذه الآية يدل على الإباحة كما اتفقوا على ذلك في قوله تعالى فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله أعني أن المقصود به الإباحة لوقوع الأمر بعد

الذي

او ان كان اختلفوا هل الامر بعد الحظر يقتضي الإباحة او لا يقتضيه وإنما يقتضي على أصله الوجوب وكره مالك الصيد الذي يقصد به السرف وللمتأخرين من أصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع تغلغل في القياس وبعيد عن الأصول المنقولة في هذا الباب في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا إذ كان قصدنا فيه إنما هو ذكر المنقول في الشرع أو ما كان قريبا من المنقول فيه وأما محل الصيد فإنهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري السمك ومن البري الحيوان الحلال الأكل غير المستأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المستأنس هل يعمل على أخذه بعقر أو نحر فقال مالك لا يؤكل إلا أن ينحر أو يذبح وإن كانت الذبح أو النحر لا يجوز فيه إلا الأمران جميعا وقال أبو حنيفة والشافعي إذا لم يقدر على ذكاته فذكاته عقره البعير الشارد فإنه يقتل كالصيد وسبب اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للخبر وذلك أن الأصل في هذا الباب هو أن الحيوان الإنسي لا يؤكل إلا بالذبح أو النحر وأن الوحشي يؤكل بالعقر وأما الخبر المعارض لهذا الأصل فحديث رافع بن خديج وفيه قال فند علينا بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به فقال النبي عليه السلام إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لصحته لأنه ليس يبعد أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن لقائل أن يقول إنه جار مجرى الأصل في هذا الباب وذلك أن العلة في كون العقر ذكاة لبعض الحيوان ليس شيء أكثر من القدرة عليه لا لأنه وحشي فإذا وجد هذا المعنى من الإنسي جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشي فيتفق القياس والسماع

الباب الثاني

فيما يكون به الصيد والآلات في هذا الباب آيتان وحديثان والآية الأولى قوله تعالى يا أيها

الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم والثانية
قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين وأما
الحديثان فأحدهما حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال له إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما
أمسكن عليك وإن قتلن وإن أكل الكلب فلا تأكل فإني أخاف أن يكون
أمسك على نفسه وإن خالطها كلاب غيرها فلا تأكل فإنما سميت
على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال إذا أصاب بعرضه
فلا تأكل فإنه وقيذ وهذا الحديث هو أصل في هذا الكتاب والحديث
الثاني حديث أبي ثعلبة وفيه وقوله عليه السلام ما أصبت بقوسك
فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل
وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل وهذان الحديثان
اتفق أهل الصحيح على إخراجهما والآلات التي يصاد بها منها ما اتفقوا عليها
بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان جارح
ومحدد ومثقل فأما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف
للنص عليها في الكتاب والسنة وكذلك ما جرى مجراها
مما يعقر ما عدا الأشياء التي اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان
وهي السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في كتاب الذكاة
وأما المثقل فاختلفوا فيه مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء
من لم يجز من ذلك إلا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجازه على الإطلاق
ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو بحده إذا خرق
جسم الصيد فأجازه إذا خرق ولم يجزه إذا لم يخرق وبهذا القول
قال مشاهير فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد
والثوري وغيرهم وهذا راجع إلى أنه لا ذكاة إلا بمحدد وسبب
اختلافهم معارضة الأصول في هذا الباب بعضها لبعض ومعارضة

الأثر لها

عرض — بسهمك — والأنسي — جسد

الأثر لها وذلك أن من الأصول في هذا الباب أن الوقيذ محرم بالكتاب
والإجماع ومن أصوله أن العقر ذكاة الصيد فمن رأى أن ما قتل المعراض وقيذ
منعه على الإطلاق ومن رآه عقرا مختصا بالصيد وأن الوقيذ غير معتبر فيه
أجازه على الإطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك وما لم يخرق فمصيرا
إلى حديث عدي بن حاتم المتقدم وهو الصواب وأما الحيوان الجارح فإن
الاتفاق والخلاف فيه متعلق بالنوع والشرط فأما النوع الذي اتفقوا عليه
فهي الكلاب ما عدا الكلب الأسود فإنه كرهه قوم منهم الحسن البصري وإبراهيم
النخعي وقتادة وقال أحمد ما أعرف أحدا يرخص فيه إذا كان بهيما وبه قال
إسحاق وأما الجمهور فعلى إجازة صيده إذا كان معلما وسبب اختلافهم
معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين يقتضي تسوية جميع الكلاب في ذلك وأمره عليه السلام بقتل الكلب
الأسود البهيم يقتضي في ذلك القياس ألا يجوز اصطياده على رأي من يرى
أن النهي يدل على فساد المنهي عنه وأما الذي اختلفوا فيه من أنواع الجوارح
فيما عدا الكلب من الطيور الجوارح وحيوانات السباعية فمنهم من أجاز
جميعها إذا علمت كالسنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك
وأصحابه وبه قال فقهاء الأمصار وهو مروي عن ابن عباس أعني أن ما قبل
التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لا اصطياد
بجارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك إلا ما أدركت ذكاته
وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازي
فقط فقال يجوز صيده وحده وسبب اختلافهم في هذا
الباب شيئان أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب
وذلك أنه قد يظن أن النص إنما ورد في الكلاب أعني قوله
تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين إلا أن يتأول أن لفظة مكلبين
مشتقة من كلب الجوارح لا من لفظة الكلب ويدل على هذا عموم

كلاب — كلاب

اسم الجارح الذي في الاية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف
الاشتراك الذي في لفظة مكلبين والسبب الثاني هل من
شرط الامساك الامساك على صاحبه ام ليس ذلك من شرطه
فعلى هذا وان كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلاب او لا
يوجد فمن قال لا تقاس سائر الجوارح على الكلاب وان لفظة
مكلبين هي مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب ولانه
لا يوجد الامساك الا في الكلب اعني على صاحبه وان ذلك شرط
قال لا يصاد بجارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر
الجوارح ولم يشترط في الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز
صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم واما من استثنى من ذلك
البازي فقط فصار الى ما روي عن عدي بن حاتم انه قال سالت رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال ما امسك عليك
فكل خرجه الترمذي فهذه اسباب اتفاقهم واختلافهم
في انواع الجوارح واما الشروط المشترطة في الجوارح فان منها
ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله وما علمتم
من الجوارح مكلبين ولقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم
واختلفوا في صفة التعليم وفي شروطه فقال قوم التعليم
ثلاثة اصناف احدها ان تدعو الجارح فيجيب وان تشليه
فينشلي وان تزجره فينزجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه
الثلاثة في الكلاب وانما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر
الجوارح واختلفوا ايضا هل من شرطه ان لا ياكل الجارح فمنهم
من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه في الكلب
فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب
وغيرها وقال ابن حبيب من اصحابه ليس يشترط الانزجار

فيما

224

فيما لا يفقه ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور ومذهب مالك
انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره الا ياكل واشترطه
بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور
ومنهم من اشترطه كما قلنا في الكل والجمهور على جواز اكل
صيد البازي والصقر وان اكل لان تضريته انما تكون بالاكل
فالخلاف في هذا الباب راجع الى موضعين احدهما هل من شرط
التعليم ان ينزجر اذا زجر وهل من شرطه الا ياكل وسبب
الخلاف في اشتراط الاكل وعدمه شيئان احدهما اختلاف
الاثار في ذلك والثاني هل اذا اكل فهو ممسك ام لا فاما
الاثار فمنها حديث عدي بن حاتم المتقدم وفيه فان اكل فلا توكل
فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث
ابي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قال ابو ثعلبة قلت وان اكل منه
يا رسول الله قال وان اكل فالاولى مما جمع بين الحديثين فمن حمل
حديث عدي بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه
الا ياكل ومن رجح حديث عدي بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه
وحديث ابي ثعلبة مختلف فيه ولذلك لم يخرجه الشيخان البخاري
ومسلم ومن قال من شرط الامساك الا ياكل بدليل الحديث المذكور
قال ان اكل لم يوكل الصيد وبه قال الشافعي وابو حنيفة واحمد
واسحاق والثوري وهو قول ابن عباس ورخص في الاكل مما اكل الكلب
كما قلنا مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسلمان وقالت المالكية المتاخرة
انه ليس الاكل بدليل على انه لم يمسك على سيده ولا الامساك على سيده
بشرط في الذكاة لان نية الكلب غير معلومة وقد يمسك لسيده
ثم يبدو له فيمسك لنفسه وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث

وخلاف لظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم
وإمساكه على سيده الكلب هو بعوده به وهو العادة ولذا قال عليه السلام
فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه وأما اختلافهم
في الباز فجاز فليس له سبب إلا اختلافهم في قياس سائر الجوارح في ذلك
على الكلب لأن الكلب الذي لا يزدجر لا يسمى معلما بالاتفاق وأما سائر
الجوارح إذا لم تنزجر هل تسمى معلما أو لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف

الباب الثالث في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العقر واختلفوا في شروطها اختلافا
كثيرا وإذا اعتبرت أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة
في الآلة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشترك فيها الذكاتان
أعني ذكاة الصيد وغير الصيد وهي النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة
أحدها أنه إن لم تنفذ الآلة والجارح الذي أصاب الصيد مقاتله فإنه يجب
أن يذكى بذكاة الحيوان الإنسي إذا قدر عليه قبل أن يفوت بما أصابه من
الجارح أو من الضرب وأما إن كان قد أنفذ مقاتله فليس يجب ذلك وإن كان
قد يستحب والثاني أن يكون الفعل الذي به أصيب الصيد مبتدأ من الصائد
لا من غيره أعني لا من الآلة كالحال في الحبالة ولا من الجارح كالحال فيما يصيب
الكلب الذي ينشلي من ذاته والثالث أن لا يشاركه في العقر من ليس
عقره ذكاة والرابع أن لا يشك في عين الصيد الذي أصابه وذلك عند
غيبته عن عينه والخامس أن لا يكون الصيد مقدورا عليه في وقت الإرسال
عليه والسادس أن لا يكون قتله من رعب من الجارح أو بصدمة منه
فهذه هي أصول الشروط التي من قبل اشتراطها أو لا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء
وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون في وجودها في نازلة
نازلة كما اتفق المالكية على أن من شرط الفعل أن يكون مبتدأ من الصائد واختلافهم
إذا أفلت الجارح من يده أو خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا للتردد في هذه
الحال بين أن يوجد لها هذا الشرط أو لا يوجد وكذلك أبو حنيفة ومالك على
أن من شرطه إذا أدركه غير منفوذ المقاتل أن يذبح إذا قدر عليه قبل أن يموت واختلافهم
بين أن يخلصه حيا فيموت في يده قبل أن يتمكن من ذكاته فإن أبا حنيفة منع هذا

واجاز

تخلصه

وأجاز هذا مالك وغيره مثل أن لا يقدر على تخلصه من الجارح حتى مات فالتردد في هذه الحال بين أن يقال أدركه
غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجارح فأشبه المعجز أو لم يشبهه فلم يرفع عنه ... فإذا كانت هذه الشروط هي أصول الشروط
المشترطة في الصيد مع سائر الشروط المذكورة في الآلة والصائد نفسه على ما سيأتي فمنها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا
فيه وسبب اختلافهم في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول أما التسمية والنية فقد تقدم الكلام فيهما
في كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية في الذكاة لم يجز عند من اشترطها إذا أرسل الجارح على صيد وأخذ
آخر أكل ذلك الصيد الذي لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور يؤكل ومن قبل
هذا اختلف أصحاب مالك في الكلب إذا أرسل على صيد غير مرئي كالذي يرسل على ما في غيضة أو وراء أكمة ولا يدري
هل هناك شيء أم لا لأن القصد في هذا مشوب بشيء من الجهل وأما الشرط الأول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة
التي ذكرناها وهو أن يعقر الجارح له إذا لم ينفذ مقاتله أنه تجب ذكاته إذا أدركه المرسل حيا فباشتراطه قال جمهور
العلماء لحديث عدي بن حاتم في بعض رواياته أنه قال عليه السلام وإن أدركته حيا فاذبحه وكان النخعي يقول إذا
لم يكن معك حديدة فأرسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصري مصيرا إلى عموم قوله تعالى فكلوا مما أمسكن
عليكم ومن قبل هذا الشرط قال مالك لا يتوانى المرسل في طلب الصيد فإن توانى فأدركه ميتا فإن كان منفوذ المقاتل بسهم
أو بالجارح حل وإلا لم يحل لأنه لو لم يتوان لكان يمكن أن يدركه حيا غير منفوذ المقاتل وأما الشرط الثاني وهو أن يكون
... وأن يكون منبعثا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحبالة والشبكة
إذا أنفذت المقاتل بمحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعي والجمهور ورخص فيه الحسن البصري ويدخل فيها الخلاف
في التسمية إن سمى عند نصب الحبالات أو عند نصبها لم يسم ومن هذا الأصل لم يجز مالك الصيد الذي إذا أرسل
الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد إليه من قبل نفسه ولكن الشرط الثالث وهو أن لا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة
هو شرط مجمع عليه فيما أذكر لأنه لا يدرى عن قتله وأما الشرط الرابع وهو أن لا يشك في عين الصيد ولا في قتل
... فمن قبله اختلفوا في أكل الصيد إذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأس بأكل الصيد إذا غاب عنه مصرعه
إذا وجد فيه أثر كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت فإذا بات فإني أكرهه وبالكراهية قال الثوري وقال عبد الوهاب
إذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل وفي السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا إذا وجد منفوذ المقاتل وقال الشافعي
... لا يؤكل إذا غاب مصرعه وقال أبو حنيفة إذا توارى الصيد والكلب في طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز أكله
ما لم يترك الكلب الطلب فإن تركه كره أكله وسبب اختلافهم شيئان أحدهما الشك العارض في عين الصيد أو في
ذكاته والسبب الثاني اختلاف الآثار في هذا الباب فروى مسلم والترمذي والنسائي وأبو داود عن أبي ثعلبة عن
النبي عليه السلام في الذي يدرك صيده بعد ثلاث فقال كله ما لم ينتن وروى مسلم عن أبي ثعلبة أيضا عن النبي عليه السلام
إذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل ما لم يبت وفي حديث عدي بن حاتم أنه قال عليه السلام إذا وجدته
... ولم تجد فيه أثر سبع وعلمت أن سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم في الصيد يصاد بالسهم

او يجبيه الجارح في ماء او يتردى من مكان عال فقال مالك لا يوكل لانه لا يدرى من اي الامرين مات الا ان يكون السهم قد
انفذ مقاتله ولا يشك ان منه مات وبه قال الجمهور وقال ابو حنيفة لا يوكل ان وقع في ماء منفوذ المقاتل او لم يكن
ان تردى وقال عطا لا يوكل اصلا اذا اصيب المقاتل ووقع في ماء او تردى من موضع عال لامكان ان يكون زهق
نفسه من قبل التردي او الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل واما موته من صدم الجارح له فان ابن القاسم
منعه قياسا على المثقل واجازه اشهب لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولم يختلف المذهب ان
ما مات من خوف الجارح انه غير مذكى واما كونه في حين الارسال غير مقدور عليه فانه شرط فيما علمته
متفق عليه وذلك لا يوجد اذا كان الصيد مقدورا على اخذه باليد دون خوف او غرر اما من قبل انه قد نشب
في شيء او تعلق بشيء او رماه احد فكسر جناحه او ساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض
الاحوال بين ان يوصف فيها الصيد بانه مقدور عليه او غير مقدور عليه مثل ان تطرده الكلاب فيقع
في حفرة فقيل في المذهب يوكل وقيل لا يوكل واختلفوا في صفة العقر اذا ضرب الصيد فابين
منه عضو فقال قوم يوكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يوكلان جميعا وفرق قوم بين
ان يكون ذلك العضو مقتلا او غير مقتل فقالوا ان كان مقتلا اكلا جميعا وان كان غير مقتل اكل
الصيد ولم يوكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلافهم في ان يكون القطع بنصفين
او يكون احدهما اكبر والثلث وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه السلام ما قطع من
البهيمة وهي حية فهو ميتة لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولعموم قوله
تعالى تناله ايديكم ورماحكم فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال يوكل العضو المقطوع
والصيد ومن حمل الحديث على الانسي ومن حمله على الوحشي وربما نسي واستثنى ذلك العضو
بالحديث العضو المقطوع فقال يوكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر في ذلك الحياة
المستقرة اعني في قوله وهي حية فرق بين ان يكون العضو مقتلا او غير مقتل

الباب الرابع

في شروط القانص وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذبائح المتفق
عليها والمختلف فيها ويخص الاصطياد في البر شرط زايد وهو ان لا يكون محرما ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فان اصطاده محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال ام هو ميتة لا يحل لاحد اختلف
فيها الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعي وابو حنيفة وابو ثور الى انه يجوز لغير المحرم اكله وسبب
اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل النهي يعود بفساد المنهي او لا وذلك انه قد يتردد بين السارق والغاصب
واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوسي المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر انما هو بالالة وبه قال
الشافعي وابو حنيفة وكره جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري لان الخطاب في قوله
تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين متوجه نحو المومنين وهذا كاف بحسب غرضنا المقصود من هذا الكتاب

كتاب العقيقة

كتاب العقيقة

والقول المحيط باصول هذا الكتاب منحصر في ستة
ابواب الاول في معرفة حكمها الثاني في معرفة محلها والثالث
في معرفة من يعق عنه وكم يعق والرابع في معرفة وقت هذا النسك
والخامس في سن هذا النسك وصفته والسادس في حكم لحمها
وسائر اجزائها فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها
واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب ابو حنيفة الى انها ليست
فرضا ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع وسبب
اختلافهم تعارض مفهوم الاثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر
حديث سمرة وهو قول النبي عليه السلام كل غلام مرتهن بعقيقته
يذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضي الوجوب وظاهر قوله
عليه السلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا احب العقوق ومن ولد له ولد
فاحب ان ينسك عن ولده فليفعل يقتضي الندب او الاباحة فمن فهم
منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة
ولا فرض وخرج الحديثين ابو داود ومن اخذ بحديث سمرة اوجبها
واما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز
في الضحايا من الازواج الثمانية واما مالك فاختار فيها الضان على
مذهبه في الضحايا واختلف قوله هل يجزئ فيها الابل والبقر او لا يجزئ
وسائر الفقهاء على اصلهم ان الابل افضل من البقر والبقر افضل من الغنم
وسبب اختلافهم تعارض الاثار في هذا الباب والقياس اما الاثر فمنها
حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين
كبشا كبشا وقوله عليه السلام عن الجارية شاة وعن الغلام
شاتان خرجهما ابو داود واما القياس فلانها نسك فوجب
ان يكون الاعظم فيها افضل قياسا على الهدايا واما من يعق عنه فان
جمهورهم على انه يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وشذ الحسن

فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم أن يعق عن الكبير ودليل الجمهور
على تعلقها بالصغير قوله عليه السلام يذبح عنه يوم سابعه ودليل
من خالف ما روي عن أنس أن النبي عليه السلام عق عن نفسه بعد ما بعث
بالنبوة ودليلهم أيضا على تعلقها بالأنثى قوله عليه السلام عن الجارية
شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه السلام
كل غلام مرتهن بعقيقته وأما العدد فإن الفقهاء اختلفوا أيضا
في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والأنثى بشاة شاة وقال الشافعي وأبو
ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان وسبب اختلافهم
اختلاف الآثار في هذا الباب فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجه أبو
داود قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العقيقة شا
تان مكافئتان وعن الجارية شاة والمكافئتان المثلتان وهذا
يقتضي الفرق بين الذكر في ذلك والأنثى وما روي أنه عق عن الحسن
والحسين كبشا كبشا يقتضي الاستواء بينهما وأما وقت هذا النسك
فإن جمهور العلماء على أنه يوم سابع المولود لقوله عليه السلام
يذبح عنه يوم سابعه ومالك لا يعد في الأسبوع اليوم الذي ولد فيه
إن ولد نهارا وعبد الملك ابن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم
في العتبية إن عق ليلا لم يجزه واختلف أصحاب مالك في مبدأ وقت الإجزاء
فقيل وقت الضحايا أعني ضحى وقيل وقيل بعد الفجر قياسا على قول مالك
في الهدايا ولا شك أن من أجاز الضحايا بالليل أجاز هذه ليلا وقد قيل يجوز
في السابع الثاني والثالث وأما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا
وصفتها الجائزة أعني أنه يتقى فيها من العيوب ما يتقى في الضحايا
ولا أعلم في هذا خلافا وأما حكم لحمها وجلدها فحكم لحم الضحايا
في الأكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على أنه كان يمسح رأس
الطفل في الجاهلية بدمها وأنه نسخ في الإسلام وذلك لحديث

بريدة

بشاة

بريدة الأسلمي قال كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة
ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الله بالإسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه
بزعفران ونشر الحسن وقتادة فقالا يمسح رأس الصبي بقطنة قد غمست
في دم واستحب كسر عظامها لما كان في الجاهلية يقطعونها من المفاصل
واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره
فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والا
ستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ أن فاطمة
بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب
وأم كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة

كتاب الأطعمة

والكلام في أصول هذا الكتاب يتعلق بجملتين الجملة الأولى يذكر فيها
المحرمات في حال الاختيار والجملة الثانية يذكر فيها أحوالها في حال
الاضطرار **الجملة الأولى** والأغذية الإنسانية نبات وحيوان
فأما الحيوان الذي يتغذى به فمنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا
منه بري ومنه بحري والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها
ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها
ما اختلفوا فيه فأما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة
الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع
وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذي التذكية
شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال يخالطه نجس فأما الميتة فاتفق
العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال
فقال قوم هي حلال بإطلاق وقال قوم هي حرام بإطلاق وقال قوم
ما طفا من السمك حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال وسبب اختلافهم
تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة
كلية ومعارضته لبعضها معارضة جزئية وموافقته لبعض فأما

العموم فهو قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وأما الآثار المعارضة لهذا
العموم فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه أما المتفق
عليه فحديث جابر وفيه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا
حوتا يسمى العنبر أو دابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منها بضعة عشر
يوما أو شهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه
فقال هل معكم من لحمه شيء فأرسلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فأكله وهذا إنما يعارض الكتاب معارضة كلية لعموم
والحديث الثاني ما رواه مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو
الطهور ماؤه الحل ميتته وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية
فما رواه إسماعيل عن أبي الزبير عن جابر عن النبي عليه السلام قال ما ألقى
البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تأكلوه وهو حديث أضعف عندهم
من حديث مالك وسبب ضعف حديث مالك في روايته من لا يعرف وأنه
ورد من طريق واحد وقال أبو عمر بن عبد البر رواته مجهولون وقد
ورد من طريق وسبب ضعف حديث جابر أن الثقات أوقفوه على جابر
فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبي هريرة لتشمله عموم الكتاب
أنه لم يستثن من ذلك إلا ما جزر عنه البحر إذ لم يرد في ذلك تعارض بين
الأحاديث لأن كلها لا معارضة بينه وبين حديث جابر ومن رجح حديث
أبي هريرة قال فلا إباحة مطلقة وأما من قال بالمنع مطلقا فمصيرا
إلى ترجيح عموم الكتاب وبالإباحة مطلقا قال الشافعي وبالمنع
مطلقا قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق وأما الخمسة
التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة أعني ما
مات من هذه الأسباب وأما الجلالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلفوا في
أكلها وسبب اختلافهم تعارض القياس والأثر أما الأثر فما روي
أنه عليه السلام نهى عن لحوم الجلالة وألبانها خرجه أبو داود عن

ابن عمر

ابن عمر وأما القياس المعارض لهذا فهو أن ما يرد جوف الحيوان ينقلب
من ذلك حكم ما انقلب إليه وهو اللحم إلى لحم الحيوان وسائر أجزائه
وإذا قلنا إن لحم ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينقلب من ذلك
حكم ما انقلب إليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا أو كانقلاب الدم لحما
والشافعي يحرم الجلالة ومالك يكرهها وأما النجاسات فإن الكلام في الحلال
والأصل فيها الحديث المشهور من حديث أبي هريرة وميمونة أنه سئل
عليه السلام عن الفأرة تقع في السمن فقال إن كان جامدا فاطرحوها
وما حولها وكلوا الباقي وإن كان ذائبا فأريقوه ولا تقربوه وللعلماء
في النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان أحدهما من يعتبر في التحريم
المخالطة فقط وإن لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة
التي خالطته وهو المشهور الذي عليه الجمهور والثاني مذهب من
يعتبر في ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك
وسبب اختلافهم في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب
الخاص أريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يدل على
ظاهره وسائر الأشياء يعتبر فيها تغيرها بالنجاسة ومنهم من جعله
من باب الخاص أريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه أن
المخالطة للنجس تنجس الحلال إلا أنه لم يتحصل لهم الفرق بين أن يكون جامدا
أو ذائبا لوجوب المخالطة في هاتين الحالتين وإن كانت في إحدى الحالتين
أكثر أعني في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة
والكثيرة لأن تفريقه عليه السلام بين الجامد والذائب يفهم منه
اعتبار أو عدمه فالمالكية لم يفرقوا بينهما فكأنهم اتهموا وأخذ بعض الحديث
على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك أخذت الظاهرية بكله
على ظاهره وأما المحرمات لعينها فاتفق المسلمون منها على تحريم لحم
الخنزير والدم فأما الخنزير فاتفقوا على تحريم لحمه وشحمه وجلده

واختلفوا

واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارته وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة وأما
الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى واختلفوا في غير
المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه نجسا
ومنهم من لم يره نجسا والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارج
عنه وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الإطلاق للتقييد وذلك أن
قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم يقتضي تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله
تعالى أو دما مسفوحا يقتضي بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد
المطلق إلى المقيد اشترط في التحريم السفح ومن رأى أن الإطلاق يقتضي حكما زائدا على
التقييد وأن معارضة المطلق للمقيد إنما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام
والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم
وكثيره والسفح المشترط في حرمية الدم إنما هو في دم الحيوان المذكى أعني أنه الذي
يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الأكل وأما كل دم يسيل من الحيوان الحي فقليله
وكثيره حرام وكذلك من الحيوان المحرم الأكل وإن ذكي فقليله وكثيره حرام ولا خلاف
في هذا وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم
فقوله تعالى والدم وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعا في التحريم
لميتة الحيوان أعني أن ما حرمت ميتته حرم دمه وما حلت ميتته حل دمه ولذلك
رأى مالك أن ما لا دم له فليس بميتة وقد تكلمنا في هذه المسألة في كتاب الطهارة
ويذكر الفقهاء فيها حديثا مخصصا لعموم الدم وهو قوله عليه السلام أحلت
لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب المشهورة
من كتب الحديث وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة أحدها لحوم السباع
من الطير ومن ذوات الأربع والثاني لحوم ذوات الحافر الإنسية والثالث لحوم
الحيوان المأمور بقتله في الشرع والرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس
وتستخبثها بالطبع وحكى أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهي
عن قتله قال كالخطاف والنحل فيكون هذا جنسا خامسا من المختلف فيه

والنهي

والنهي عن قتل الخطاف حديثه ثبت من حديث **المسألة الأولى** أما
السباع ذوات الأربع فروى ابن القاسم عن مالك أنها مكروهة وعلى هذا
القول عول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك في الموطأ ما
يدل على أنها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبي هريرة عن النبي
عليه السلام أنه قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام وعلى ذلك الأمر عندنا وإلى
تحريمها ذهب الشافعي وأشهب وأبو حنيفة إلا أنهم اختلفوا في جنس السباع
المحرمة فقال أبو حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع
عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعي يؤكل الضبع والثعلب وإنما
السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالأسد والنمر والذئب فلا تؤكل عنده وكل
العرب يعني في المذهب وجمهورهم على أن القرد لا يؤكل ولا ينتفع به وعند الشافعي
أيضا أن الكلب حرام لا ينتفع به لأنه فهم من النهي عن سؤره نجاسة عينه وسبب
اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع معارضة الكتاب للآثار وذلك
أن ظاهر قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه الآية أن ما عدا
المذكور في هذه الآية حلال وظاهر الثابت من حديث أبي ثعلبة الخشني أنه قال
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع أن السباع محرمة
هكذا رواه البخاري ومسلم وأما مالك فما رواه في هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو
أبين في المعارضة وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع
حرام وذلك أن الحديث الأول قد يمكن الجمع بينه وبين الآية بأن يحمل النهي
المذكور فيه على الكراهية وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين
الآية إلا أن يعتقد أنه ناسخ للآية عند من رأى أن الزيادة نسخ وأن القرآن ينسخ
بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث أبي ثعلبة والآية حمل لحوم السباع على
الكراهية ومن رأى أن حديث أبي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية وأن الزيادة
لا تقتضي نسخا حرم لحوم السباع ومن اعتقد أن الضبع والثعلب محرمان
فاستنادا لا بعموم لفظ السباع ومن خصص فذلك العادية فمصيرا إلى ما رواه

عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها قال نعم
قلت أصيد هي قال نعم قلت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال نعم قالوا وهذا الحديث وإن كان انفرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند
جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من إقراره عليه السلام على أكل الضب بين
يديه وأما سباع الطير فالجمهور على أنها حلال لمكان الآية المذكورة و
حرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير إلا أن هذا الحديث لم يخرجه الشيخان
وإنما ذكره أبو داود وأما المسألة الثانية وهي اختلافهم في ذوات الحافر
الإنسي عن الخيل والبغال والحمير فإن جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر
الإنسية إلا ما روي عن ابن عباس وعائشة أنهما كانا يبيحانها وعن مالك أنه كان
يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال
وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروي عن مالك وأما الخيل فذهب مالك
وأبو حنيفة وجماعة إلى أنها محرمة وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد
وجماعة إلى إباحتها والسبب في اختلافهم في الحمر الإنسية معارضة الآية
المذكورة للأحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل
فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال
بتحريم الحمر وقال بأن الآية دون أن توجد عنده نسخا وقد احتج من لم
يحرمها بما روي عن أبي إسحاق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال أصابتنا
مجاعة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادي رسول
الله أن اكفئوا القدور بما فيها قال ابن إسحاق فذكرت ذلك لسعيد بن جبير
قال إنما نهى عنها لأنها كانت تأكل الجلة وأما اختلافهم في البغال
فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة وقوله مع ذلك في الأنعام لتركبوا منها ومنها تأكلون

للاية

للآية المتضمنة للمحرمات لأنه يدل بمفهوم دليل الخطاب فيها أن المباح
في البغال إنما هو الركوب مع قياس البغل أيضا على الحمار وأما سبب
اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر و
معارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن إباحة لحم الخيل نص في حديث
جابر فلا ينبغي أن يعارض بقياس ولا بدليل خطاب وأما المسألة
الثالثة وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي الخمس
المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور فإن
قوما فهموا من الأمر بالقتل لها مع النهي عن قتل البهائم المباحة الأكل
أن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوم
فهموا من ذلك معنى التعدي لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبي
حنيفة وأما الجنس الرابع وهو الذي تستخبثه النفوس كالحشرات
والضفادع والسرطانات والسلحفاة فإن الشافعي حرمها وأباحها
الغير وسبب اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث
في قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث فمن رأى أنها المحرمات بنص الشرع لم يحرم
من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى أن الخبائث
هي ما تستخبثه النفوس قال هي محرمة وأما ما حكاه أبو حامد عن
الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف والنحل فلست
أدري أين وقفت الآثار الواردة بذلك ولعلها في غير الكتب المشهورة
عندنا وأما الحيوان البحري فإن العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه
موافقا بالاسم لحيوان في البر محرم فقال مالك لا بأس بأكل جميع حيوان
البحر إلا أنه كره خنزير الماء وقال أنتم تسمونه خنزيرا وبه قال ابن أبي
ليلى والأوزاعي ومجاهد وجمهور العلماء إلا أن منهم من يشترط في غير
السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد وأما
إنسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شيء من الحالات وسبب

اختلافهم هل هو يتناول لغة او شرعا اسم الخنزير وان نسمى خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الخلاف الى كل حيوان في البحر مشارك بالاسم لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسألة يرجع الى امرين احدهما هل هذه الاسماء لغوية والثاني هل للاسم المشترك عموم فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم ان هذه الاسماء لغوية وان للاسم المشترك عموما لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك وقال انتم تسمونه خنزيرا فهذه هي حال الحيوان المحرم الاكل في الشرع والحيوان المباح

كتاب الاشربة

واما النبات الذي هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التي تتخمر ومن العسل نفسه اما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها اعني التي هي من عصير العنب واما الانبذة فانهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر واجمعوا على ان المسكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن ابي ليلى وشريك وابن شبرمة وابو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين واكثر علماء البصريين ان المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين وسبب اختلافهم تعارض الاثار والاقيسة في هذا الباب فللحجازيين في تثبيت مذهبهم طريقتان الطريقة الاولى الاثار الواردة في ذلك والطريقة الثانية تسمية الانبذة باجمعها خمرا فمن اشهر الاثار التي تمسك بها اهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب اسكر فهو حرام خرجه البخاري وقال يحيى

ابن معين هذا اصح حديث روي عن النبي عليه السلام في تحريم المسكر ومنها ايضا ما خرجه مسلم عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان صحيحان اما الاول فاتفق الكل عليه واما الثاني فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذي وابو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وهو نص في موضع الخلاف واما الاستدلال من ان الانبذة كلها تسمى خمرا فلهم في ذلك طريقتان احداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق الاشتقاق والثانية من جهة السماع فاما التي من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند اهل اللغة ان الخمر انما سميت خمرا لمخامرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق اسم الخمر لغة على كل ما خامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الاصوليين وهي غير مرضية عند الخراسانيين واما الطريقة الثانية التي من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم لنا ان الانبذة تسمى في اللغة خمرا فانها تسمى خمرا شرعا واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبما روي ايضا عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وما روي عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب خمرا ومن العسل خمرا ومن الزبيب خمرا ومن الحنطة خمرا وانا انهاكم عن كل مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الانبذة واما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا وبآثار رووها في هذا الباب وبالقياس المعنوي واما احتجاجهم بالاية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو

كان عمر والعين لما اسماه الله رزقا حسنا. وأما الآثار التي
اعتمدوها في هذا الباب فمن أشهرها عندهم حديث أبي عون الثقفي
عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبي عليه السلام قال حرمت الخمر
بعينها والسكر من غيرها، قالوا وهذا نص لا يحتمل التأويل. وضعفه
أهل الحجاز لأن بعض رواته روى والمسكر من غيرها. ومنها حديث شريك
عن سماك بن حرب بإسناده عن ابن بردة عن أبيه أبي بردة بن نيار قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم إني كنت نهيتكم عن الشراب في الأوعية فا
شربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا، أخرجه الطحاوي. ورووا أيضا عن ابن مسعود
أنه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم
ورووا عن أبي موسى قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا
ومعاذا إلى اليمن فقلنا يا رسول الله إن بها شرابين يصنعان من البر والشعير
أحدهما يقال له المزر والآخر يقال له البتع فما نشرب فقال عليه السلام
اشربا ولا تسكرا، أخرجه الطحاوي أيضا إلى غير ذلك من الآثار التي ذكروها
في هذا الباب. وأما احتجاجهم من جهة النظر فإنهم قالوا قد نص القرآن أن
علة التحريم في الخمر إنما هي الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة و
البغضاء كما قال تعالى إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة و
والبغضاء في الخمر والميسر. وهذه العلة إنما توجد في القدر المسكر
لا فيما دون ذلك فوجب أن يكون هذا القدر هو الحرام إلا ما انعقد عليه
الإجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها، قالوا وهذا النوع من القياس
يلحق بالنص وهو القياس الذي نبه الشرع على العلة فيه. وقال
المتأخرون من أهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى
وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر، وإذا كان هذا كذا فالواجب
الخلاف الا اختلفه في تغليب الأثر على القياس أو تغليب القياس على
إذا تعارضا في مسألة مختلف فيها الحكم والصواب أنه إذا كان نصا

قليل

ثابتا

ثابتا فالواجب أن يغلب على القياس. وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملا
للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأول اللفظ أو يغلب
ظاهر اللفظ على مقتضى القياس، وذلك يختلف بحسب قوة لفظ بعض
الألفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التي تقابلها
ولا يدرك الفرق بينهما إلا بالذوق العقلي كما يدرك الموزون من الكلام
من غير الموزون، وربما كان الذوقان على التساوي، ولذلك كثر الاختلاف
في هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب والذي يظهر لي
والله أعلم أن قوله عليه السلام كل مسكر حرام وإن كان يحتمل أن يراد
به القدر المسكر لا الجنس المسكر فإن ظهوره في تعليق التحريم بالجنس
أغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان معارضة ذلك القياس له على
ما تأوله عليه الكوفيون فإنه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر
وكثيره سدا للذريعة وتغليظا مع أن الضرر إنما يوجد في الكثير. وقد
ثبت من حال الشرع بالإجماع أنه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب
كلما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر وأن يكون على من زعم وجود
الفرق إقامة الدليل على ذلك هذا إن لم يسلموا لنا صحة قوله عليه السلام
ما أسكر كثيره فقليله حرام فإنه إن سلموه لم يجدوا عنه انفكاكا
فإنه نص في موضع الخلاف ولا يصح أن تعارض النصوص بالمقاييس وأيضا
فإن الشرع قد أخبر أن في الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى
قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وكان القياس إذا قصد الجمع بين
انتفاء المضرة ووجود المنفعة أن يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما
غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها والكثير
وجب أن يكون الأمر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر إلا
أن يثبت في ذلك فارق شرعي. واتفقوا على أن الانتباذ حلال
ما لم تحدث فيه الشدة المطربة لقوله عليه السلام فانتبذوا وكل

مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه السلام انه كان ينتبذ وانه كان يشربه
في اليوم الثاني والثالث واباحة الانتباذ بعد النهي عنه فيه دلالة
بينة على تحليل الشدة الحادثة في النبيذ ما لم تبلغ الى حد السكر وهذا
مفهوم من ظاهر الحديث والا لم يكن لاباحة الانتباذ بعد النهي عنه
معنى واختلفوا من ذلك في مسئلتين احديهما في الاواني التي ينتبذ
فيها وفي انتباذ شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب فاما
المسئلة الاولى فانهم اجمعوا على جواز الانتباذ في الاسقية واختلفوا
فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ في الدباء و
المزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثوري الانتباذ في الدباء والحنتم
والنقير والمزفت وقال ابو حنيفة واصحابه لا باس بالانتباذ
في جميع الظروف والاواني وسبب اختلافهم اختلاف الاثار في
هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباذ
في الاربع التي ذكرها الثوري وهو حديث ثابت وروى مالك
عن ابن عمر في الموطا ان النبي عليه السلام نهى ان ينتبذ في الدباء
والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه السلام من طريق شريك
عن سماك انه قال صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم ان تنتبذوا
في الدباء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا احل مسكرا
وحديث ابي سعيد الخدري الذي رواه مالك في الموطا وهو
انه عليه السلام قال كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا
وكل مسكر حرام فمن راى ان النهي المتقدم الذي نسخ انما كان
الانتباذ في هذه الاواني اذ لم يعلم ها هنا نهي متقدم غير ذلك
قال لا يجوز الانتباذ في كل شيء ومن قال ان النهي المتقدم الذي نسخ
انما كان نهيا عن الانتباذ مطلقا قال ينبغي النهي عن الانتباذ
في الجرو وفيه انه رخص لهم فيه اذا كان غير مزفت واما

المسئلة

المسئلة الثانية وهي انتباذ الخليطين من الاشياء التي تقبل الانتباذ فان
الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التي من شانها ان تقبل الانتباذ
وقال قوم بل الانتباذ مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل
خليطين فهما حرام وان لم يكونا يقبلان الانتباذ فيما احسب الان والسبب
في اختلافهم تردده في حمل النهي الوارد في ذلك هل هو على الكراهية او على
الحظر واذا قلنا على الحظر فهل يدل على فساد المنهي عنه ام لا وذلك انه
ثبت عنه عليه السلام انه نهى عن ان يخلط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر
والزبيب وفي بعضها انه قال عليه السلام لا تنتبذوا الزهو والزبيب جميعا
ولا الزبيب والتمر جميعا وانتبذوا كل واحد منهما على حدته فيتخرج في ذلك
بحسب التاويل الثلاثة الاقوال قول بتحريمه وقول بتحليله مع الاثم في الانتباذ وقول
بكراهة ذلك لانه يحسن ها هنا تعلق الاثم بالفعل دون تاويل العين لكون الخليطين
من المشروبات فالكلام من امر النهي في هذا الجنس انه يدل على فساد المنهي واما
من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الامر بالانتباذ في حديث ابي سعيد
الخدري واما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان العلة المنع هو الاختلاط
لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في النبيذ واما ان يكون تمسك بعموم ما
ورد انه نهى عن الخليطين واجمعوا على ان الخمر اذا تخللت من ذاتها جاز اكلها
واختلفوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة اقوال التحريم والكراهية والاباحة
وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر واختلافهم في مفهوم الاثر وذلك
ان ابا داود خرج من حديث انس بن مالك ان ابا طلحة سال النبي صلى الله عليه وسلم
عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا اجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع
سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم و
يتخرج على هذا ان لا تحريم ايضا على مذهب من يرى ان النهي لا يعود بفساد المنهي
والقياس المعارض لحمل الاثر على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الاحكام
انما هي للذوات المختلفة وذوات الخمر غير ذوات الخل والخل باجماع حلال

فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل وجب ان يكون حلالا كيف ما انتقل الا
ان يكون على جهة التضييق الجملة الثانية في استعمال المحرمات
في حال الاضطرار والاصل في هذا الباب قوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم
عليكم الا ما اضطررتم اليه والنظر في هذا الباب في السبب المحلل
وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذي اعني
اذا لم يجد شيئا حلالا يتغذى به وهو لا خلاف فيه والسبب الثاني طلب
البرء وهذا مختلف فيه فمن اجازه احتج باباحة النبي عليه السلام الحرير
لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكة به وامره صلى الله عليه وسلم للعرنيين
بشرب ابوال الابل والبانها لاكن هذا انما يصح على مذهب من ... الاحوال كلها
وهو مذهب الشافعي ومن منعه فلقوله عليه السلام ان الله لم يجعل شفاء امتي
فيما حرم عليها واما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة
وغيرها والاختلاف في الخمر عندهم هو من قبل التداوي بها لا من قبل استعمالها
في التغذي ولذلك اجازوا للعطشان ان يشرب بها ان كان منها ري وللشرق ان
يزيل شرقه بها واما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا
قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعي
وابو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرمق والظاهر انه جميعها
لقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه واتفق مالك
والشافعي على انه لا يحل للمضطر اكل
الميتة اذا كان عاصيا بسفره لقوله
تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد وذهب
غيرهما الى جوازه لكل كمل كتاب
الاشربة والاطعمة وبكماله تم السفر الاول
من الديوان بحمد الله وحسن عونه وصلى الله
على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

كتاب النكاح

كتاب النكاح

واصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة ابواب
الباب الاول في مقدمات النكاح الباب الثاني في موجبات صحة النكاح
الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح الباب الرابع في حقوق الزوجية
الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها والفاسدة

الباب الاول

وفي هذا الباب اربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح
وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج فاما
حكم النكاح فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور وقال اهل الظاهر
هو واجب وقالت المتاخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم
بحسب ما يخاف على نفسه من العنت وسبب اختلافهم هل تحمل
صيغة الامر به في قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وفي قوله عليه
السلام تناكحوا فاني مكاثر بكم الامم وما اشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك
على الوجوب ام على الندب ام على الاباحة واما من قال انه في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات
الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل وهو الذي ليس له اصل معين
يستند اليه وقد انكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به واما
خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست
واجبة وقال داود هي واجبة وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه
السلام على الوجوب او على الندب واما الخطبة على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن
النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه او لا يدل
وان كان يدل ففي اي حالة يدل فقال داود يفسخ وقال الشافعي وابو حنيفة
لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا وثالث وهو انه يفسخ قبل الدخول ولا
يفسخ بعده وقال ابن القاسم انما معنى النهي اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح
واما ان كان الاول غير صالح والثاني صالح جاز واما الوقت فهو اذا ركنوا وتقاربوا
اذا ركن بعضهم الى بعض لا في اول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث

جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان ابا جهم بن حذيفة ومعاوية بن ابي سفيان خطباها فقال اما ابو جهم فرجل لا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي اسامة بن زيد واما النظر الى المراة فلا خلاف واجاز ابو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين والسبب في اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقا وورد المنع مطلقا وورد مقيدا اعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها انه الوجه والكفان وعلى جواز كشفهما في الحج عند الاكثر فمن اجاز النظر الى جميع البدن اخذ بعموم الامر بالنظر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء

الباب الثاني في موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة اركان الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد الركن الثالث في معرفة شروط هذا العقد

الركن الاول في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع اربعة في كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار ام لا يجوز وهل ان تراخى القبول من احد المتعاقدين لزم العقد ام لا وهل من شرط هذا العقد الفور ام لا

الموضع الاول والاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وفي حق الابكار المستاذنات واقع بالسكوت اعني الرضا واما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكي عن اصحاب الشافعي ان اذن البكر اذا كان المنكح غير اب ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان اذنها بالصمت الثابت من قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها واتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج لا ينعقد الا بلفظ النكاح او التزويج وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ام ليس من صحته اعتبار اللفظ وهو في العقود التي يعتبر فيها الامران فمن قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح او التزويج ومن قال ان

اللفظ

235

اللفظ ليس من شرطه اجاز النكاح باي لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعي من ذلك اعني انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة

الموضع الثاني واما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين احدهما يعتبر فيه رضى المتناكحين انفسهما اعني الزوج والزوجة اما مع الولي واما دونه على مذهب من لا يشترط الولي والثاني يعتبر فيه رضى الاولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها واصولها فنقول اما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر انفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح واختلفوا هل يجبر العبد سيده على النكاح والوصي محجوره البالغ ام ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد ام ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له ام ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي ان لا يتوقف في ذلك واما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغ لقوله عليه السلام والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصري واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب غير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد فاما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن ابي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على احد القولين عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم وذلك ان ما روي عنه عليه السلام من قوله لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستامر اليتيمة في نفسها خرجه ابو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه السلام في حديث ابن عباس المشهور والبكر تستامر يوجب بعمومه استئمار كل بكر والعموم اقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو انه قال عليه السلام والبكر يستامرها ابوها وهو نص في موضع الخلاف واما الثيب غير البالغ فان مالكا وابا

حنيفة فلا يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعي لا يجبرها وقال المتأخرون من اصحاب
المذهب فيها ثلاثة اقوال قول ان الاب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو قول اشهب
وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها وان لم تبلغ وهو قول
ابي تمام والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه اهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره
عنه وسبب اختلافهم ايضا معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه
السلام تستامر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه ان ذات الاب
لا تستامر الا ما اجمع عليه الجمهور من استيمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه السلام
الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله لا تنكح الايم حتى
تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن يدل بعمومه على ما قاله الشافعي ولاختلافهم في هاتين
المسالتين سبب اخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما اجمعوا
على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذا فيهما كليهما اختلفوا
في موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فمن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة
قال يجبر البكر البالغ ولا يجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد
واحد بعينه قال يجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ والتعليل الاول تعليل ابي حنيفة و
الثاني تعليل الشافعي والثالث تعليل مالك والاصول اكثر شهادة لتعليل ابي حنيفة
واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضى فذهب مالك
وابو حنيفة الى انها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح او شبهة نكاح او ملك وانها لا تكون
بزنا ولا بغصب وقال الشافعي كل ثيوبة ترفع الاجبار وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم
بقوله عليه السلام الثيب احق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية ام بالثيوبة اللغوية
واتفقوا على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستامرها
لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة بنت ست او سبع وبنى
بها بنت تسع بانكاح ابي بكر ابيها اياه الا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة واختلفوا
من ذلك في مسالتين احداهما هل يزوج الصغيرة غير الاب والثانية هل يزوج
الصغير غير الاب فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب ام لا فقال الشافعي يزوجها الجد

ابو الاب

ابو الاب والاب بمنزلته وقال مالك لا يزوجها الا الاب فقط ومن جعل له الاب ذلك اذا عين
الزوج الا ان يخاف عليها الضيعة والفساد وقال ابو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها
ولاية من اب او قريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت وسبب اختلافهم معارضة العموم
للقياس وذلك ان قوله عليه السلام والبكر تستامر واذنها صماتها يقتضي العموم في كل
بكر الا ذات الاب التي خصصها الاجماع الا الخلاف الذي ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوما
منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب ان يلحقوا بالاب في هذا المعنى فمنهم من الحق به جميع
الاولياء ومنهم من الحق به الجد فقط لانه في معنى الاب اذ كان ابا اعلى وهو الشافعي
ومن قصر ذلك على الاب راى ان ما للاب في ذلك غير موجود لغيره اما من قبل ان الشرع
خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرافة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذي
ذهب اليه مالك رضي الله عنه وما ذهب اليه اظهر والله اعلم الا ان يكون هنالك ضرورة
وقد احتجت الحنفية بجواز نكاح الصغار غير الاباء بقوله تعالى وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى
فانكحوا ما طاب لكم قالوا واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفريق الثاني قالوا ان
اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه السلام تستامر اليتيمة والمستامرة هي من
اهل الاذن وهي البالغ فيكون لاختلافهم سبب اخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج
ايضا من لم يجز انكاح غير الاب لها بقوله عليه السلام تستامر اليتيمة في نفسها
قالوا والصغيرة ليست من اهل الاستيمار باتفاق فوجب المنع ولاولئك ان يقولوا
ان هذا حكم اليتيمة التي هي من اهل الاستيمار واما الصغيرة فمسكوت عنها واما
هل يزوج الولي غير الاب الصغيرة فان مالكا اجازه للوصي وابا حنيفة اجازه
للاولياء الا ان ابا حنيفة اوجب الخيار لها اذا بلغت ولم يوجبه ذلك مالك وقال
الشافعي ليس لغير الاب انكاحها وسبب اختلافهم قياس غير الاب في ذلك
على الاب فمن راى ان الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للاب ان يزوج الصغيرة
به لا يوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن راى انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق
بين الصغير في ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه
المراة ولذلك جعل ابو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا واما الموضع الثالث

وهل يجوز عقد النكاح على الخيار فإن الجمهور على أنه لا يجوز وقال أبو ثور
يجوز والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار والبيوع
التي يجوز فيها الخيار وأما تراخي القبول في العقد من أحد الطرفين فأجاز مالك من
ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة
بغير إذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقا الشافعي وممن أجازه مطلقا
أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك وسبب الخلاف
هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا أم ليس
ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع **الركن الثاني** في شروط
العقد وفيه ثلاثة فصول الفصل الأول في الأولياء الثاني في الشهود الثالث في الصداق

الفصل الأول والنظر في الأولياء في مواضع أربعة الأول في اشتراط الولاية في صحة
النكاح الموضع الثاني في صفة الولي الثالث في أصناف الأولياء وترتيبهم في الولا
ية وما يتعلق بذلك **الرابع** في عضل الأولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع
بين الولي والمولى عليه **الموضع** الأول اختلف العلماء هل الولاية شرط من
شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي
وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة
وزفر والشعبي والزهري إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا
جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه
في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع وهو
أن اشتراطها سنة لا فرض وذلك أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين
الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس
على إنكاحها فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة
البغداديين من أصحاب مالك أعني أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لا من
شروط التمام وسبب الاختلاف أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط
الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن

التي

التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات
والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك والأحاديث
مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس
عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال
في ذلك فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فلا
تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن قالوا وهذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا
عن العضل وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا قالوا وهذا أيضا خطاب للأولياء ومن
أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وإن دخل بها
فالمهر لها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه
حديث حسن **وأما** ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله فلا جناح عليكم
فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف قالوا وهذا دليل على جوازه لهما في العقد على أنفسهما وقد
أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال أن ينكحن أزواجهن وقال حتى تنكح
زوجا غيره **وأما** السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه
السلام الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها وبهذا الحديث
احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان
من السماع فأما قوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن فليس فيه أكثر من نهي قرابة
المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل ما يفهم اشتراط إذنهم
في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص
بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى
ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا هو أن يكون خطابا لأولي الأمر من المسلمين أحرى منه
أن يكون خطابا للأولياء وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر
فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر فإن قيل هذا
عام والعموم يشمل أولي الأمر والأولياء قيل هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع

يفتقر فيه الى الاولياء وغيرهم وكون الولي ممنوعا من امور العضل بالشرع لا يوجب الولا
ية خاصة بالاذن اصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم
في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عملا لانه ليس فيه ذكر اصناف الاولياء ولا صفاتهم
ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تاخيره عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف
لنقل تواترا او قريبا من التواتر لان هذا المعنى مما يعم به البلوى ومعلوم انه كان في المدينة
من لا ولي لها ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد انكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها
وايضا فان المقصود من الاية هو حكم الولاية وانما المقصود منها نكاح المشركات والم
المشركين وهذا كله بين والله اعلم واما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب
العمل به والاظهر ان ما لم يصرح فيه بالصحة انه لا يجب العمل به وايضا فان سلمنا صحة الحديث
فليس فيه الا اشتراط اذن الولي لمن لها ولي اعني المولى عليها وان سلمنا انه عام في كل امراة
فليس فيه ان المراة لا تعقد على نفسها اعني ان لا تكون هي التي تلي العقد بل الاظهر منه
انه اذا اذن الولي لها جاز ان تعقد على نفسها دون ان تشترط في صحة النكاح اشهاد
الولي معها واما ما احتج به الفريق الاخر من قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن
في انفسهن بالمعروف فان المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن
بفعله دون اوليائهن وليس ها هنا شيء يمكن ان تستبد به المراة دون الولي الا
عقد النكاح فظاهر هذه الاية والله اعلم ان لها ان تعقد النكاح وللاولياء الفسخ
اذا لم يكن بالمعروف وهذا هو الظاهر من الشرع واما اضافة النكاح اليهن فليس
فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا ان يقوم الدليل على
خلاف ذلك واما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر لانه
اذا كان لكل واحدة منهما تستاذن ويتولى العقد عليهما الولي فبماذا ليت شعري تكون
الايم احق بنفسها من وليها ويحتمل ان تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق
فقط ويكون السكوت كافيا في العقد والاحتجاج بقوله تعالى فلا جناح عليكم
فيما فعلن في انفسهن بالمعروف هو اظهر ان المراة تلي العقد من الاحتجاج بقوله
تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا على ان الولي هو الذي يلي العقد وقد ضعفت

الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن
علية عن ابن جريج انه سال الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهري لم يكن
يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا ايضا بحديث ابن عباس انه قال
لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا ايضا في صحة الحديث
الوارد في نكاح النبي عليه السلام ام سلمة وامره لابنها ان ينكحها اياه واما احتجاج
الفريقين من جهة المعنى فيحتمل وذلك انه يمكن ان يقال ان الرشد اذا وجد في المراة اكتفي
به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ويشبه ان يقال ان المراة مائلة بالطبع
الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير المال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى
على التابيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفؤ يتطرق الى
اوليائها ولكن يكفي في ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة والمسالة محتملة كما ترى
لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء واصنافهم
ومراتبهم فان تاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه السلام تاخير
البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسالة يقتضي ان ينقل اشتراط الولاية عنه
صلى الله عليه وسلم تواترا او قريبا من التواتر فقد يجب ان يعتقد احد امرين اما انه ليست
الولاية شرطا في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك واما ان كانت شرطا فليس
من صحتها تمييز صفات الولي واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي
الابعد مع وجود الاقرب

الموضع الثاني

واما النظر في الصفات الموجبة
للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على ان من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والحرية
والذكورية وان سوالبها اضداد هذه اعني الكفر والصغر والعبودية والانوثة
واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فاما العبد فالاكثر على
منع ولايته وجوزها ابو حنيفة واما الرشد فالمشهور في المذهب اعني عند
اكثر اصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها اعني الولاية وبه قال ابو حنيفة وقال
الشافعي ذلك من شرطها وروي عن مالك مثل قول الشافعي وبقول الشافعي
قال اشهب وابو مصعب وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن

وأى انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطها ان يكون
رشيدا في المال ومن رأى ان ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشد وهما قسمان
كما ترى اعني الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة واما العدالة فإنما
اختلفوا فيها من جهة انها نظر للخير اعني هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة
ان لا يختار لها الكفؤ وقد يمكن ان يقال ان الحالة التي بها يختار الاولياء لولياتهم الكفؤ
غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم وهذه موجودة بالطبع والعدالة
مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف عند القائلين بها في نسب وسلطان ومولى اعلى
واسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدنية واختلفوا
في الوصي فقال مالك يكون الوصي وليا ومنع ذلك الشافعي وسبب اختلافهم
هل صفة الولاية مما يمكن ان يستناب فيها ام ليس يمكن ذلك ولهذا القسم بعينه
اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق
بين الوكالة والايصاء لان الوصي وكيل بعد الموت الا ان الوكالة تنفسخ بالموت
واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك ان الولاية معتبرة بالتعصيب
الا الابن فمن كان عنده اقرب عصبة كان احق بالولاية والابناء عنده اولى وان
سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب
ثم بنو الاخوة وان علوا ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم المولى ثم
السلطان والمولى الاعلى عنده احق من الاسفل والوصي عنده اولى من ولي النسب
اعني وصي الاب واختلف اصحابه في الوصي وولي النسب فقال ابن القاسم
الوصي اولى مثل قول مالك وابن الماجشون وابن عبد الحكم الولي اولى وخالف
الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها اصلا وفي تقديم الاخوة على الجد
فقال لا ولاية للابن وروي عن مالك ان الاب اولى من الابن وهو احسن وقال
ايضا الجد اولى من الاخ وبه قال المغيرة فالشافعي اعتبر التعصيب اعني ان
الولد ليس من عصبتها لحديث عمر لا تنكح المراة الا باذن وليها او ذي الراي من
اهلها او السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث ام سلمة ان النبي صلى الله

عليه

عليه وسلم امر ابنها ان ينكحها اياه ولانهم اتفقوا اعني مالكا والشافعي على ان الابن
يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم
فيمن هو اقرب هل الجد او الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة احداها اذا زوج
الابعد مع حضور الاقرب والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد او الى السلطان
والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية او لا تنتقل فاما المسئلة
الاولى فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوجها الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح
مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز او يفسخ وهذا الخلاف
كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصي في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح
في هذين مفسوخ اعني تزويج غير الاب البكر مع حضور الاب او غير الوصي المحجورة
مع حضور الوصي وقال الشافعي لا ينعقد اصلا مع حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب
وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي اعني ثابتا بالشرع في الولاية
ام ليس بحكم شرعي وان كان حكما شرعيا فهل ذلك حق من حقوق الولي الاقرب ام
هو حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الابعد
مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعي ورأى انه حق للولي قال النكاح منعقد
فان اجازه الولي جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد
وقد انكر قوم هذا المعنى في المذهب اعني ان يكون النكاح منفسخا غير منعقد
واما المسئلة الثانية فان مالكا يقول اذا غاب الولي الاقرب انتقلت
الولاية الى الابعد وقال الشافعي تنتقل الى السلطان وسبب اختلافهم
هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت ام لا وذلك انه لا خلاف عندهم في انتقالها
في الموت **واما المسئلة الثالثة** وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان
في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة
او قربه والجهل بمكانه او العلم وحاجة البنت الى النكاح اما لعدم النفقة واما
لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامرين جميعا فاتفق المذهب على انه اذا كانت
الغيبة بعيدة او كان الاب مجهول الموضع او اسيرا وكانت في صون وتحت نفقة

صح
التي

الا ان لم تدع الضرورة الى التزويج وان عقد فتزويج عند الاسر و عند الجهل بمكانه واختلفوا
هل تزوج مع العلم بمكانه اذا كان بعيدا فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج
وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما ان عدمت النفقة او كانت في غير صون فانها
تزوج ايضا في هذه الاحوال الثلاثة اعني في الغيبة البعيدة وفي الاسر والجهل
بمكانه وكذلك ان احتاج الامر اذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك
ولم يختلفوا فيما احسب انها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة المكان لمكان امكان
مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان خيف فوات
الوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريبا واذا قلنا انه
تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب فان جعلت امرأة امرها الى وليين فزوجها
كل واحد منهما فانه لا يخلو ان يكون تقدم احدهما في العقد على الاخر او يكون عقدا
معا ثم لا يخلو اذا تقدم ان يعلم المتقدم او لا يعلم فاما اذا علم المتقدم منهما فاجمعوا
على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما واختلفوا اذا دخل الثاني فقال قوم هي
للاول وقال قوم هي للثاني وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعي
وابن عبد الحكم واما ان نكحا معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما اعرف و
سبب اختلافهم في اعتبار الدخول اولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك
انه قد روي انه صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة انكحها وليان فهي للاول منهما فعموم
هذا الحديث يقتضي انها للاول دخل بها الثاني او لم يدخل ومن اعتبر الدخول ف
فتشبيها بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف واما ان لم يعلم الاول
فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل احدهما وقال شريح يخير ايهما
اختارت كان الزوج وهو شاذ وقد روي عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله
الموضع الرابع في عضل الاولياء واتفقوا على انه ليس للولي ان يعضل وليته
اذا دعت الى كفؤ وبصداق مثلها وانها ترفع امرها الى السلطان فيزوجها ما
عدا الاب فانه اختلف فيه المذهب واختلفوا بعد هذا فيما هي الكفاءة
المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها ام لا وكذلك اتفقوا على ان للمرأة ان تمنع

نفسها

نفسها من نكاح من ليس من الاولياء فهي على ذلك اذا لم تكن فيه الكفاءة موجودة كالاب في ابنته
البكر اما غير البالغ بلا خلاف والبالغ والثيب الصغيرة بالاختلاف على ما تقدم وكذلك
الوصي في محجورته على القول بالجبر فاما الكفاءة فانهم اتفقوا على ان الدين معتبر في
ذلك الا ما روي عن محمد بن الحسن من اسقاطه اعتبار الدين ولم يختلف المذهب ان البكر اذا
زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق فان لها ان تمنع نفسها من النكاح
وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام او ممن هو كثير
الحلف بالطلاق واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة ام لا وفي الحرية وفي اليسار
وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يجوز نكاح الموالي من العربيات وانه احتج
بقوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال سفيان الثوري واحمد لا تزوج العربية
من مولى وقال ابو حنيفة واصحابه لا تزوج القرشية الا من قرشي ولا عربية الا من عربي
و السبب في اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام تنكح المرأة لدينها وجمالها
ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هو المعتبر
فقط لقوله عليه السلام فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب
في ذلك بمعنى الدين وكذلك المال وانه لا يخرج من ذلك الا ما اخرجه الاجماع وهو كون
الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من
الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسب يعتبر بجهة ما ولم يختلف المذهب ان الفقر مما
يوجب فسخ النكاح اذا ابتني البكر اعني اذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها
فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك ابو حنيفة واما الحرية فلم يختلف المذهب انها
من الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخيير الامة اذا عتقت واما مهر المثل فان مالكا والشافعي
وابا يوسف يريان انه ليس من الكفاءة وان للاب ان ينكح ابنته باقل من مهر المثل اعني البكر
وان الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء فيه مقال وقال ابو حنيفة مهر المثل
من الكفاءة وسبب اختلافهم اما في الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صداق ابنته
البكر شيئا ام ليس له ذلك واما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في
مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية ام ليس ترتفع

الولاية من مقدار الصداق اذا كانت لا تنفع عنها في التصرف في النكاح والصداق
من اسبابه وقد كان هذا القول اخلق لمن لم يشترط الولاية ممن يشترطها لان الاكثر
اتى الامر بالعكس ويتعلق باحكام الولاية مسئلة مشهورة وهي هل يجوز للولي
ان ينكح وليته من نفسه ام لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياسا على الحاكم و
الشاهد اعني لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه واجاز ذلك مالك ولا اعلم لمالك
حجة الا ما روي من انه عليه السلام تزوج ام سلمة بغير ولي لان ابنها كان صغيرا وما
ثبت انه عليه السلام اعتق صفية فجعل صداقها عتقها ولا حجة عند الشافعي في
افعال النبي عليه السلام انما على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة
خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولا كذلك تردد قوله في الامام اذا علم

الفصل الثاني في الشهادة

واتفق ابو حنيفة
والشافعي ومالك على ان الشهادة من شروط النكاح واختلفوا هل هي شرط
تمام يؤمر بها عند الدخول او شرط صحة يؤمر بها عند العقد واتفقوا على انه
لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا اشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر او
ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ وقال ابو حنيفة والشافعي ليس بسر و سبب
اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي ام المقصود منها سد ذريعة الاختلاف
او الانكار فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال
من شروط التمام والاصل في هذا ما روي عن ابن عباس لا نكاح الا بشاهدي عدل
وولي مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الاجماع
وهو ضعيف وهذا الحديث قد روي مرفوعا ذكره الدارقطني وذكر ان في سنده
مجاهيل وابو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده
بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى ان الشهادة تتضمن المعنيين اعني
الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة واما مالك فليس تتضمن عنده الاعلان
اذا وصى الشاهدان بالكتمان وسبب اختلافهم هل ما يقع فيه الشهادة ينطلق عليه
اسم السر ام لا والاصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه السلام اعلنوا هذا النكاح

واضربوا

241

واضربوا عليه بالدفوف اخرجه ابو داود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو
تقدمت فيه لرجمت وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة
ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روي عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن
النكاح

الفصل الثالث في الصداق

والنظر في الصداق في ستة
مواضع الموضع الاول في حكمه واركانه الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة
الموضع الثالث في تشطيره الموضع الرابع في التفويض وحكمه الموضع الخامس
في الاصدقة الفاسدة وحكمها الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق

الموضع الاول وهذا الموضع فيه اربع مسائل الاولى في حكمه الثانية في قدره
الثالثة في جنسه ووصفه الرابعة في تأجيله **المسئلة الاولى** اما حكمه فانهم اتفقوا
على انه شرط من شروط الصحة وانه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى وآتوا النساء
صدقاتهن نحلة وقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن وآتوهن اجورهن
المسئلة الثانية واما قدره فانهم اتفقوا على انه ليس لاكثره حد واختلفوا
في اقله فقال الشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس
لاقله حد وكل ما جاز ان يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز ان يكون صداقا وبه قال ابن وهب
من اصحاب مالك وقالت طائفة بوجوب تحديد اقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور في ذلك
مذهبان احدهما مذهب مالك واصحابه والثاني مذهب ابي حنيفة واصحابه فاما مالك
فقال اقله ربع دينار من الذهب او ثلاثة دراهم كيلا من فضة او ما يساوي الدراهم
الثلاثة اعني دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل او ما يساوي احدهما وقال ابو
حنيفة عشرة دراهم اقله وقيل خمسة دراهم وقيل اربعون درهما وسبب
اختلافهم في التقدير شيئان احدهما تردده بين ان يكون عوضا من الاعواض يعتبر
فيه التراضي بالقليل كان او بالكثير كالحال في البيوعات وبين ان يكون عبادة
فيكون موقتا وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام
يشبه العوض ومن جهة انه لا يجوز التراضي على اسقاطه يشبه العبادة و
السبب الثاني معارضة هذا القياس المقتضي التحديد لمفهوم الاثر الذي

لا يقتضي التحديد اما القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات
موقتة واما الاثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل ابن سعد
الساعدي المتفق على صحته وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امراة فقالت
يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول
الله زوجنيها ان لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من
شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازاري فقال صلى الله عليه وسلم ان اعطيتها اياه
جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما اجد شيئا فقال التمس ولو خاتما من
حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من
القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد انكحتكها بما معك من القرآن قالوا فقوله عليه السلام التمس ولو خاتما من
حديد دليل على انه لا قدر لاقله لانه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تاخير البيان
عن وقت الحاجة وهذا الاستدلال بين كما ترى مع ان القياس الذي اعتمده القائلون
بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين احداهما ان الصداق
عبادة والثانية ان العبادة موقتة وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلفى
في الشرع من العبادات ما ليست موقتة بل الواجب فيها هو اقل ما ينطلق عليه
الاسم وايضا فانه ليس فيه شبه العبادة خالصا وانما صار المرجحون لهذا القياس
على مفهوم الاثر لاحتمال ان يكون ذلك الاثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه قد انكحتكها
بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض رواياته انه قال عليه
السلام قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة
لكن لما التمسوا اصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا اقرب شبها به من نصاب
القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذي استعملوه في ذلك هو انهم قالوا
هو عضو مستباح بمال فوجب ان يكون مقدرا اصله القطع وضعف هذا القياس
هو من قبل ان الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع
غير الوطء وايضا فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص

المستباح

كذا صح

حلقة

خلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شان قياس الشبه على ضعفه ان يكون
الذي به يشبه الفرع بالاصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد
للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه
الذي لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا
هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف
وانما استعملوه في تعيين قدر التحديد واما القياس الذي استعملوه في معارضة
مفهوم الحديث فهو اقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذي ان امراة
تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت نفسك ومالك بنعلين
فقالت نعم فجوز نكاحها وقال فيه هو حديث حسن صحيح ولما اتفق القائلون بالتحديد
على قياسه على نصاب السرقة عندهم وقال ابو حنيفة هو عشرة دراهم لانه
النصاب عندهم ايضا في السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدودا بهذا
القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه السلام انه قال لا مهر باقل من عشرة دراهم
ولو كان هذا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث
ان يحمل حديث سهل ان يحمل على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند اهل
الحديث فانه يرويه فيما زعموا مبشر ابن عبيد عن الحجاج ابن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر
والحجاج ضعيفان وعطاء ايضا لم يلق جابرا ولذلك لا يمكن ان يقال ان هذا الحديث
معارض لحديث سهل ابن سعد **المسئلة الثالثة** اما جنسه فكل ما جاز
ان يتملك وان يكون عوضا واختلفوا من ذلك في مكانين في النكاح بالاجارة
وفي جعل عتق امته صداقها فاما اصل النكاح على الاجارة ففي المذهب فيه ثلاثة
اقوال قول بالاجازة وقول بالمنع وقول بالكراهة والمشهور عن مالك
الكراهة ولذلك راى فسخه قبل الدخول واجازه من اصحابه اصبغ وسحنون
وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وابو حنيفة الا في العبد فان ابا حنيفة
اجازه وسبب اختلافهم سببان احدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى
يدل الدليل على ارتفاعه ام الامر بالعكس فمن قال هو لازم اجازه لقوله تعالى

صح حة

اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة فقال مالك
ربع دينار او ثلاثة دراهم لانه النصاب في السرقة

اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج الآية ومن قال انه [illegible]
بلازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة والسبب الثاني هل يجوز ان يقاس النكاح في
ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول و[illegible]
خالف فيه الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل انما هو بعين معروفة ثابتة
بعين معروفة ثابتة والاجارة هي عين ثابتة بشيء مقابلها حركات وافعال غير ثابتة
ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستاجر واما
كون العتق صداقا فانه منعه فقهاء الامصار ما عدا داود واحمد وسبب اختلافهم
معارضة الاثر الوارد في ذلك للاصول اعني ما ثبت من انه عليه السلام اعتق صفية وجعل
عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه السلام لكثرة اختصاصه في هذا
الباب ووجه معارضته للاصول ان العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة
الشيء بوجه آخر لانها اذا اعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح
ولذلك قال الشافعي ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انه قد تلف عليه
قيمتها اذ كان انما اتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه
السلام ولو كان غير جائز لغيره لنبه عليه والاصل ان افعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل
على خصوصه واما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض
المعين الموصوف اعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا في العرض غير
الموصوف ولا المعين مثل ان يقول انكحتها على عبد او خادم من غير ان يصف ذلك
وصفا يضبط قيمته فقال مالك وابو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز واذا
وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال ابو حنيفة
يجبر على القيمة وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد
في المشاحة او ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه اكثر ذلك المكارمة فمن
قال يجري في المشاحة مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك
النكاح لا يجوز ومن قال لا يجري مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز
واما التاجيل فان قوما لم يجيزوه اصلا وقوم اجازوه واستحبوا ان يقدم شيئا

منه

المعين

منه اذا اراد الدخول وهو مذهب مالك والذين اجازوا التاجيل منهم من لم يجزه الا
لاجل محدود وقدر هذا البعض وهو مذهب مالك ومنهم من اجازه لموت او فراق
وهو مذهب الاوزاعي وسبب الخلاف هل يشبه النكاح البيع في التاجيل
او لا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التاجيل لموت او فراق ومن قال لا يشبهه
اجاز ذلك ومن منع التاجيل فلكونه عبادة

الموضع الثالث

في التقرر واتفق العلماء على ان الصداق يجب كله بالدخول او الموت اما
وجوبه بالدخول فلقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم
احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا الآية واما
وجوبه بالموت فلا اعلم الان دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك
واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس ام ليس ذلك من شرطه
بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذي يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعي
وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال ابو حنيفة
يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرما او مريضا او صائما في رمضان او كانت
المراة حائضا وقال ابن ابي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا
وسبب الخلاف في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك
انه نص تبارك وتعالى في المدخول بها على المنكوحة انه ليس يجوز ان يؤخذ من
صداقها شيء في قوله تعالى وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض ونص
في المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى وان طلقتموهن من قبل
ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهذا نص كما ترى في
حكم كل واحدة من هاتين الحالتين اعني قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط
بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهرا ان الصداق لا يجب الا بالمسيس والمسيس
ها هنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على اصله في اللغة وهو
اللمس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في امراة العنين
المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها

فعل لها دون الجماع في ايجاب الصداق واما اذا حكم الوارث في الذميين
الكتابة فعن ابن القاسم ان اغلق بابا او ارخى سترا فقد وجب عليه الصداق ولم يختلف
عليهم في ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب في موضع وهو اذا اختلفا
في المسيس اعني القائل بالمسيس تثبت المسيس وذلك مثل ان تدعي هي المسيس
وينكر هو فالمشهور عند مالك ان القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت
وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكرا نظر اليها النساء فيتحصل
فيها في المذهب ثلاثة اقوال وقال الشافعي واهل الظاهر القول قوله
وذلك انه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين المدعى عليه من جهة
ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو اقوى شبهة ~~وسبب الخلاف~~
في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعي اذا كان اقوى شبهة
وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل او غير
معلل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعي وسياتي هذا في مكانه

قف هنا

الموضع الثالث

في التشطير واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق
قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى
فنصف ما فرضتم الاية والنظر في التشطير في اصول ثلاثة في محله من الانكحة
وفي موجبه من انواع الطلاق اعني الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض له
من التغييرات قبل الطلاق اما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح
الصحيح اعني ان يكون الطلاق الذي يقع قبل الدخول في النكاح الصحيح
واما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا او طلق قبل الفسخ
ففي ذلك قولان واما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار
من الزوج لا باختيارها ~~مثل الطلاق~~ مثل الطلاق الذي يكون من قبلها اذا قاما
بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون بسببها فيقام عليه
بالصداق او النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب
واما الفسوخ التي ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير

في التشطير

اذا كان

(متن)

اذا كان فيها الفسخ قبل العقد او من قبل الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة
وليس لها في ذلك اختيار اصلا واما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الرضاع
فان يكن لاحد منهما فيه اختيار او كان لها دونه لم يجب التشطير وان كان له فيه اختيار
مثل الردة اوجب التشطير والذي يقتضيه مذهب اهل الظاهر ان كل طلاق قبل
البناء فواجب ان يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها او سببه وان كان
فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى
ام ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض
ما كان لها من الجبر على رد سلعتها واخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح
في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها
لم يكن لها شيء لانها اسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال
انها سنة غير معقولة المعنى واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان
من سببه او سببها واما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق
فان ذلك لا يخلو ان يكون من قبلها او من قبل الله وما كان من قبل الله فلا يخلو من اربعة اوجه
اما ان يكون تلفا للكل واما ان يكون نقصانا واما ان يكون زيادة واما ان يكون
نقصانا وزيادة معا وما كان من قبلها فلا يخلو ان يكون تصرفها فيه بتفويت
مثل البيع والعتق والهبة او يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها او فيما
تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان
وعند الشافعي انه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف
الزيادة وسبب اختلافهم هل تملك المراة الصداق قبل الدخول او الموت
ملكا مستقرا او لا تملكه فمن قال لا تملكه ملكا مستقرا قال هما فيه شريكان
ما لم تتعد فتدخله في منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق
واجب عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك اوجب الرجوع عليها بجميع
ما ذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف و
اختلفوا اذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع

قف هنا

عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو النقد فقال يرجع عليها بنصف ما اشترته وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته أعني إذا طلقت قبل الدخول وللسيد في أمته فقال مالك يجوز ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس يجوز ذلك له وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى يسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذا الاحتمال لأن اللفظ في الآية على السواء لكن من جعله الزوج لم يوجب حكما زائدا في الآية أي شرعا زائدا لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي ما الأب وإما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهبه مصير العموم قوله تعالى (إلا أن يعفون) واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال ليس يرجع عليها بشيء وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فمن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشيء لأنه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وهبته كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة في هذه المسألة بين القبض ولا قبض فقال إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى الحق في العين ما لم تقبض فإذا قبضت صارت في الذمة

الموضع الرابع في التفويض وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن ينعقد النكاح دون صداق لقوله (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء

سالم

245

ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفوا في القدر والموضع الثاني إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا فأما المسألة الأولى وهي إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار وإن طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لأن الفرض لم يكن في عقد النكاح وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال مالك الخيار للزوج بين خيارات ثلاث إما أن يطلق ولا يفرض وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أم لم يكن الخلاف سببه وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال أو لا يفهم فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر) ولا خلاف أعلمه أنه إذا طلق ابتداء أنه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لأن الآية لم تتعرض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن يتشطر إذا وقع الطلاق كما تشطر في المسمى ولهذا قال مالك إنه ليس يلزم فيه مهر المثل والميراث

~~وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا إلا أن المنصور عند أصحابه هو~~
~~[illegible]~~ مع خيار الزوج

وأما المسألة الثانية وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر أما الأثر فهو ما روي عن ابن مسعود

انه سيل عن هذه المسألة فقال اقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان
خطأ فمني ارى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة
ولها الميراث فقام معقل ابن سنان الاشجعي فقال اشهد لقضيت فيها
بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق خرجه ابو داود
والنسائي والترمذي وصححه واما القياس المعارض لهذا فهو ان الصداق
عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزني عن
الشافعي في هذه المسألة ان ثبت حديث بروع فلا حجة في قول احد مع السنة
والذي قاله هو الصواب والله اعلم **الموضع الخامس في الاصدقة**
الفاسدة والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل او غرر فالذي
يفسد لعينه مثل الخمر والخنزير وما لا يجوز ان يتملك والذي يفسد من قبل
الغرر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة

الأولى

المسألة اذا كان الصداق خمرا او خنزيرا او ثمرة لم يبد صلاحها او بعيرا
شاردا فقال ابو حنيفة العقد صحيح اذا وقع فيه مهر المثل وعن مالك في
ذلك روايتان احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وبه قال
ابو عبيد والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل وسبب اختلافهم
هو هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع ام ليس كذلك فمن قال حكمه حكم
البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن
قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل ان ذكر الصداق ليس
شرطا في صحة العقد قال يمضي النكاح ويصحح بصداق المثل والفرق بين
الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه اصول مالك ان يفرق بين الصداق
المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ولست اذكر الآن فيه نصا
المسألة الثانية واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل ان تدفع
اليه عبدا ويدفع اليها الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن
من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال ابو ثور واجازه اشهب وهو

قول

قول ابي حنيفة وفرق عبد الملك فقال ان كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعدا بامر
لا شك فيه اجازوه واختلف فيه قول الشافعي فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه
صداق المثل وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبيه بالبيع ام ليس بشبيه به فمن
شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز
المسألة الثالثة واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها
حباء يحابي به الاب على ثلاثة اقوال فقال ابو حنيفة واصحابه الشرط لازم والصداق
صحيح وقال الشافعي المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط في عقد
النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له وسبب اختلافهم تشبيه النكاح
في ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء قال لا يجوز
النكاح كما لا يجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفا للبيع قال يجوز واما تفريق مالك فلانه
اتهمه اذا كان الشرط في عقد النكاح ان يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصانا من صداق
مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك

10

هو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وابي عبيد وخرج النسائي وابو داود وعبد
الرزاق عن عمرو بن شعيب مختلف فيه من قبل انه صحيفة ولكنه نص في قول مالك
وقال ابو عمر ابن عبد البر اذا رواه الثقات وجب العمل به **المسألة** الرابعة
واختلفوا في الصداق يستحق او يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا
هل يرجع بالقيمة او بالمثل او بمهر المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال
مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيل يرجع
بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال ابو الحسن اللخمي ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة
او صداق المثل لكان وجها ذلك وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف
هل يشبه النكاح في ذلك بالبيع او لا يشبهه فمن شبهه به قال ينفسخ ومن لم يشبهه
به قال لا ينفسخ **المسألة الخامسة** واختلفوا في الرجل ينكح المرأة
على ان الصداق الف ان لم تكن له زوجة فالصداق وان كانت له زوجة فالصداق الفان
فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز

ولها من الصداق بحسبه ما لم يشترط وقالت فرقة لها مهر المثل وهو قول الشافعي
وبه قال ابو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال ابو
حنيفة ان كانت له امراة فلها الالف درهم وان لم تكن له امراة فلها مهر مثلها ما لم
يكن اكثر من الالفين او اقل من الالف ويتخرج في هذا قول رابع ان النكاح يفسخ
لمكان الغرر ولست اذكر الان نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم
في هذا الباب وهي عدة كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل اذا قضي به
في هذه المواضع وما اشبهها فقال مالك يعتبر في جمالها ومنصبها
ومالها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال ابو حنيفة يعتبر
في ذلك نساءها من قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب
او في المنصب والمال والجمال لقوله عليه السلام تنكح المراة لدينها
وجمالها وحسبها الحديث

الموضع السادس

في اختلاف الزوجين في الصداق واختلافهم لا يخلو ان يكون في القبض او في القدر
او في الجنس او في الوقت اعني وقت الوجوب فاما اذا اختلفا في القدر فقالت
المراة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا
كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول واتى الزوج بما يشبه
والمراة بما يشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف احدهما ونكل الاخر
كان القول قول الحالف وان نكلا جميعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ومن اتى
بما يشبه فيهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول
الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه وبه قال ابو ثور وابن ابي ليلى
وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى صداق مثلها وقول
الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى صداق
المثل ولم ير الفسخ بالتحالف وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل
انما ترد الى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل اكثر مما ادعت
او اقل مما ادعاه هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام

البينة

البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل او غير معلل فمن قال انه معلل
قال يحلف ابدا اقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل
قال يحلف الزوج لانه مدعى عليه او قال ايضا يتحالفان ابدا لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه
وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول
قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل راى انهما لا يستويان
ابدا في الدعوى بل يكون احدهما اقوى شبهة وذلك انهما لا يخلوا ان يدعوا
ما يكون فيما يعادل صداق مثلها او دونه فيكون القول قولها او يكون فيما
فوق ذلك فيكون القول قوله وسبب اختلافهم مالك والشافعي في
التفاسخ بعد التحالف او الرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع
في ذلك ام ليس يشبهه فمن شبهه قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لان الصداق
ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف ولذلك من نص من اصحاب
مالك انه لا يجوز لهما التحالف ان يتراضيا على شيء ولا ان يرجع احدهما الى قول
الاخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما شبهه باللعان
وهو تشبيه ضعيف مع ان وجود هذا الحكم في اللعان مختلف فيه واما اذا اختلفا
في القبض فقالت الزوجة اقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول
المراة الشافعي والثوري واحمد وابو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول
والقول قوله بعد الدخول وقال بعض اصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف
بالمدينة عندهم ان لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه
هذا العرف كان القول قولها ابدا والقول بان القول قولها ابدا احسن لانها مدعى
عليها ولكن مالكا راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف
اصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين او بغير يمين وبيمين
احسن واما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو زوجتك على هذا العبد
وقالت هي زوجتني على هذا الثوب فالمشهور في المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان

اقواهما

لم

تزوجتك

ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل ما لم يكن
اكثر مما ادعت او اقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول
والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه
سواء اشبه قولها او لم يشبه فان لم يشبه فالقول قولها ان كان قولها مشبها
كان القول قولها وان لم يكن قولهما مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل و
قول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند اختلافهم في القدر انهم يتحالفان
ويرجعان الى مهر المثل ويشبه قول الفقهاء في النكاح قولهم في البيع وسيعرف
اصله في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى واما اختلافهم في الوقت فانه
يتصور في الكالي والذي على اصل المالكية في المشهور عنه ان القول في الاداء
قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور ايضا متى يجب هل قبل الدخول
او بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياسا على البيع
اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة ومن رأى ان الصداق عبادة
يشترط فيه التحليل قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك ان يقدم
الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق **الركن الثالث في**
معرفة محل العقد وهو المرأة فانها تحل بالشرع بوجهين اما بنكاح او بملك
يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولا قسمين موانع مؤبدة وموانع غير
مؤبدة والمؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها
نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان وغير المؤبدة تنقسم
الى تسعة احدها مانع العدد والثاني مانع الجمع والثالث مانع الرق و
الرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام والسادس مانع المرض والسا
بع مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده والثامن مانع التطليق ثلاثا
للمطلق والتاسع مانع الزوجية فالموانع الشرعية بالجملة اربعة عشر
مانعا ففي هذا الباب اربعة عشر فصلا **الفصل الاول** في مانع النسب
واتفقوا على ان النساء اللاتي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في

القران الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ
وبنات الاخت واتفقوا على ان الام ها هنا اسم لكل انثى لها عليك ولادة من
جهة الام او من جهة الاب والبنت اسم لكل انثى لك عليها ولادة من قبل الابن
او من قبل البنت او مباشرة واما الاخت فهي اسم لكل انثى شاركتك في احد
اصليك او في مجموعهما اعني الاب او الام او كليهما واما الخالة فهي اسم لاخت امك
او اخت كل انثى لها عليك ولادة والعمة اسم لكل انثى هي اخت لابيك او لكل
ذكر له عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل انثى لاخيك عليها ولادة من قبل
امها او من قبل ابيها او مباشرة وبنات الاخت اسم لكل انثى لاختك عليها
ولادة مباشرة او من قبل ابيها او امها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولا اختلاف
اعلمه في هذه الجملة والاصل فيها قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم الى
اخر الاية واجمعوا على ان النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك
اليمين **الفصل الثاني** في المصاهرة واما المحرمات بالمصاهرة فهن
اربع زوجات الاباء والاصل فيه قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
من النساء والثانية زوجات الابناء والاصل فيه ايضا قوله تعالى وحلائل
ابنائكم الذين من اصلابكم والثالثة امهات النساء ايضا والاصل في ذلك ايضا قوله تعالى
وامهات نسائكم والرابعة بنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى وربائبكم اللاتي
في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم
اثنتين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الاباء والابناء وواحدة بالدخول
وهي ابنة الزوجة واختلفوا منها في موضعين احدهما هل من شرطها ان تكون
في حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة او بالوطء وام الزوجة
فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء او بالعقد على البنت فقط واختلفوا ايضا من هذا
الباب في مسئلة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح
الصحيح او النكاح بشبهة فهذه اربع مسائل **اما المسئلة الاولى** وهي
هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج او ليس من شرطه فان

الصحيح

الجمهور على ان الدليس من شرط التحريم وقال داود الدليس شرط ومبنى
الخلاف هل هو قوله تعالى اللاتي في حجوركم وصف له تأثير في الحرمة او ليس
له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود
الاكثر ولم يفهم منه شرطا في الربيبة اطلاقا في غير الحجر ما هو في الحجر وان لم تكن
في حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال
لا تحرم الا اذا كانت في حجره. **المسألة الثانية** واما هل تحرم البنت
بمباشرة الام او بالوطء فقط فانهم اتفقوا على تحريمها بالوطء واختلفوا
فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة او لغير شهوة هل ذلك
يحرم ام لا فقال مالك والثوري وابو حنيفة والاوزاعي والليث ان اللمس لشهوة
يحرم الابنة وهو احد قولي الشافعي وقال داود والمزني لا يحرمها الا الوطء
وهو احد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر
تلذذ الى اي عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه ابو حنيفة في النظر الى الفرج
فقط وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن ابي ليلى
والشافعي في احد قوليه فلم يوجب بالنظر شيئا واوجبه في اللمس ومبنى الخلاف
هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن
الوطء او التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر ام لا
المسألة الثالثة واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار
الى انها تحرم بالعقد على البنت دخل بها او لم يدخل وذهب قوم الى ان الام لا تحرم
الا بالدخول على البنت كالحال في البنت اعني انها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو
مروي عن علي وابن عباس من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى
اللاتي دخلتم بهن يعود الى اقرب مذكور وهو الربائب فقط او الى الربائب
والامهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى وامهات نسائكم
وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانه يحتمل ان
يكون قوله اللاتي دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود

الى اقرب

أما

249

الى اقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل نكح امرأة فدخل
بها او لم يدخل فلا تحل له امها. **واما المسألة الرابعة** فاختلفوا في الزنا
هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح او بشبهة اعني
الذي يدرأ فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح
ابيه الزاني لها ولا ابنه وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا ما يحرم
النكاح واما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي انه لا يحرم وروى عنه ابن
القاسم مثل قول ابي حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم
فيما رواه ويذهبون الى ما في الموطأ وقد روي عن الليث ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو
شاذ. وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح اعني في دلالته على المعنى الشرعي
واللغوي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم قال
يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة
التي بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضا ومن شبهه بالنسب قال
لا يحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنا واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على ان
الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح واختلفوا في تأثير المباشرة
في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح

الفصل الثالث

في مانع الرضاع واتفقوا على ان الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب اعني ان
المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الام من قبل النسب
واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع احداها في مقدار المحرم
من اللبن والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند
من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع
والتقام الثدي او لا يعتبر والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة او لا يعتبر والسادسة
هل يعتبر فيه الوصول من الحلق او لا يعتبر والسابعة هل ينزل صاحب اللبن اعني
الزوج من المرضع منزلة اب وهو الذي يسمونه لبن الفحل ام ليس ينزل فيه منزلة

من

اب والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة

المسألة الاولى اما مقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك واصحابه وروي عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم اي قدر كان وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثوري والاوزاعي وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال ابو عبيد وابو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات. والسبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضا. واما عموم الكتاب فهو قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى احدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان او الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق ام الفضل ومن طريق ثالث وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان والحديث الثاني حديث سهلة في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى ايضا قالت كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للاية وجمع بينهما وبين الاية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاث فما فوقها هي التي تحرم وذلك ان دليل الخطاب في قوله لا تحرم المصة ولا المصتان يقتضي ان ما فوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله ارضعيه خمس رضعات يقتضي ان ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح احد دليلي الخطاب

المسألة الثانية واتفقوا على ان الرضاع يحرم في الحولين واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك

وابو حنيفة

وابو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود واهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور مذهب ابن مسعود وابن عمر وابي هريرة وابن عباس وسائر ازواج النبي عليه السلام وسبب اختلافهم تعارض الاثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان احدهما حديث سالم وقد تقدم والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورايت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله انه اخي من الرضاعة فقال عليه السلام انظرن من اخوانكن فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء الا ان حديث سالم نازلة في عين وكان سائر ازواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لانها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير

المسألة الثالثة واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم ارضعته امراة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع وقال ابو حنيفة والشافعي تثبت الحرمة به وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام انما الرضاع من المجاعة فانه يحتمل ان يريد الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيف ما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل ان يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من مجاعة فالخلاف ءايل الى ان الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للاطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع او افتقار المرضع نفسه وهو الذي يتبع بالطبع الفطام ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتاثير الرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام او لم يشترطه واختلفوا في هذه المدة فقال قوم هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول بالشهر عنه وفي قول ثلاثة اشهر وقال ابو حنيفة حولان وستة اشهر وسبب اختلافهم ما يظهر من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك ان قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين يدل على ان ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه السلام انما الرضاعة من المجاعة يقتضي عمومه

ان مادام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع يحرم **المسألة الرابعة** واما
هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا
قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم **و**سبب اختلافهم هل
المعتبر وصول اللبن الى الجوف كيف ما وصل فال يحرم **المسألة الخامسة**
واما هل من شرطه اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق ان يكون غير مخالط لغيره فانهم
اختلفوا في ذلك ايضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء او غيره ثم سقيه
الطفل لم تقع به الحرمة وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي وابن حبيب
ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن
او كان مختلطا لم تذهب عينه **و**سبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة
اذا اختلط بغيره ام لا يبقى كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل
ان يعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء **المسألة السادسة** واما هل يعتبر فيه الوصول من الحلق او لا يعتبر
فانه يشبه ان يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة ويشبه
ان يكون اختلافهم في ذلك الموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء او لا يصل
المسألة السابعة واما هل يصير الرجل الذي له اللبن اعني زوج المرأة
ابا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم بين الاباء والابناء الذين من النسب
وهي التي يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعي
واحمد والاوزاعي والثوري لبن الفحل يحرم وقال قوم لبن الفحل لا يحرم وبالقول الاول
قال من الصحابة علي وابن عباس وبالقول الثاني قالت عائشة وابن عمر وابن الزبير
وسبب اختلافهم معارضة الكتاب لظاهر لحديث عائشة المشهور اعني اية
الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء افلح اخو ابي القعيس يستاذن علي بعد ان
ارسل الحجاب فابيت ان اذن له وسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك
فاذني له فقلت يا رسول انما ارضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك
فليلج عليك خرجه البخاري ومسلم ومالك فمن راى ان ما في هذا الحديث شرع

زايدا

زايدا على ما في الكتاب وهو قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
ومثل قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل يحرم
ومن راى ان اية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ورد على جهة
التاصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تاخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث
ان عمل بمقتضاه اوجب ان يكون ناسخا لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم
ناسخة مع ان عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب
رد الاصول المنتشرة التي يقصد بها التاصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث
النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة
بنت قيس لا نترك كتاب الله لقول امرأة **المسألة الثامنة** واما
الشهادة على الرضاع فان قوما قالوا لا يقبل فيه الا شهادة امراتين وقوم قالوا
لا يقبل فيه الا شهادة اربع وبه قال الشافعي وعطاء وقال قوم يقبل فيه
شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امراتين منهم من اشترط
في ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم
من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين ايضا اجازوا شهادة امرأة
واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب ابي حنيفة ومنهم
من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روي عنه انه لا تجوز شهادة اقل من اثنتين
والسبب في اختلافهم اما بين الاربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء حيث يكون عدل الرجل
او امراتان فيما ليس يحكم فيه شهادة الرجل او يكفي في ذلك امراتان وستاتي هذه
المسألة في كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى واما اختلافهم في قبول شهادة المرأة
الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه اعني انه لا يقبل من الرجال
اقل من اثنين وان حال النساء في ذلك اما ان يكون اضعف من حال الرجال واما
ان يكون احوالهن في ذلك متساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لا يقضى بشهادة
واحد والاثر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يا رسول الله اني تزوجت امرأة
فاتت امرأة فقالت قد ارضعتكما فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل

دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعا بينه وبين الاصول وهو اشبه
وهي رواية عن مالك. **المسئلة** الثامنة واما صفة المرضعة فانهم اتفقوا
انه يحرم لبن كل امراة بالغ وغير بالغ واليائسة من المحيض كان لها زوج او لم
يكن حاملا كانت او غير حامل واراه يشبه في ذلك اجماع فليس لغير البالغ
لبن ولا لغير الحامل ولا زوج فهو لبن باشتراك الاسم بل هو فيهم وشذ بعضهم
فاوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن ان يكون له حكم شرعي
وان وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة
وسبب الاختلاف هل يتناولها العموم او لا يتناولها ولا لبن الميتة
ان وجد لبنا الا باشتراك الاسم ويكاد ان تكون مسئلة غير واقعة. **الفصل
الرابع في مانع الزنا** واختلفوا في زواج الزانية فاجازها الجمهور ومنعها
قوم وسبب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى الزانية لا ينكحها
الا زان او مشرك وحرم ذلك على المومنين هل خرج مخرج الذم او مخرج التحريم
وهل الاشارة في قوله تعالى وحرم ذلك على المومنين الى الزنا او الى النكاح وانما
صار الجمهور لحمل الاية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث ان رجلا قال للنبي
عليه السلام في زوجته انها لا ترد يد لامس فقال له عليه السلام طلقها فقال
له اني احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على
هذا الاصل وبه قال الحسن واما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكره
في كتاب اللعان. **الفصل الخامس في مانع العدد**
واتفق المسلمون على جواز نكاح اربع من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال
واختلفوا في موضعين في العبيد وفيما فوق الاربع فاما العبد فقال مالك
في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعا وبه قال اهل الظاهر وقال ابو حنيفة
والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط وسبب اختلافهم هل العبودية
لها تاثير في اسقاط هذا العدد كما لها تاثير في اسقاط نصف الحد الواجب
على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من راى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا

على تنصيف

على تنصيف حده في الزنا اعني نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق الاربع
فان الجمهور اتفقوا على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
ولما روي عنه عليه السلام انه قال لغيلان لما اسلم وتحته عشر نسوة امسك اربعا
وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب
الجمع في الاية المذكورة اعني جمع الاعداد في قوله تعالى مثنى وثلث ورباع. **الفصل
السادس في مانع الجمع** واتفقوا انه لا يجمع بين الاختين بعقد
نكاح لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء
على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين لعموم الاستثناء في اخر الاية وهو قوله تعالى الا ما
ملكت ايمانكم وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لاقرب مذكور ويحتمل
ان يعود لجميع ما تضمنته الاية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تاثير له فيه فيخرج
من عموم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ملك اليمين ويحتمل ان يعود الى اقرب
مذكور فيبقى قوله وان تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان علمنا ان العلة
الاخوة او سبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت
احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وابو حنيفة واجازه الشافعي
وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المراة وعمتها والمراة وخالتها لثبوت ذلك
عنه عليه السلام من حديث ابي هريرة وتواتره انه عليه السلام قال لا يجمع بين المراة
وعمتها ولا بين المراة وخالتها واتفقوا على ان العمة ها هنا هي كل انثى هي اخت لذكر
له عليك ولادة اما بنفسه واما بواسطة ذكر وان الخالة هي كل انثى هي اخت لكل
انثى لها عليك ولادة اما بنفسها واما بتوسط انثى غيرها وهي الجدات من قبل الام
واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص ام هو من باب الخاص اريد به العام
والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام اختلفوا اي خاص هو المقصود به فقال
قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص والمراد به الخصوص
والتحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو

الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة او غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء
بين ابنتي عم او عمة ولا بين ابنتي خال او خالة ولا بين المرأة وبنت عمها ولا بينها
وبنت خالتها وقال قوم بل الجمع يحرم بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة اعني
لو كانت احداهما ذكرا لم يجز له ان ينكح الثانية ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى
ان يعتبر هذا من الطرفين جميعا اعني اذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر انثى وهؤلاء
لا يحل الجمع بينهما واما ان جعل في احد الطرفين ذكرا لم يحرم التزويج ولم يحرم والآخر
لا خر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه
ان وضعنا البنت ذكرا لم يحل له نكاح المرأة منه لانها زوج ابيه وان جعلنا المرأة
ذكرا احل له نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذي
اختاره اصحاب مالك واولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

الفصل السابع في مانع الرق

واتفقوا على انه يجوز للعبد ان ينكح
الامة وللحرة ان تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي واولياؤها واختلفوا في نكاح
الحر الامة فقال قوم يجوز بالاطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم
لا يجوز الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وبه
قال ابو حنيفة والشافعي والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في
قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الاية يقتضي انه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين
احدهما عدم الطول الى الحرة والثاني خوف العنت وقوله تعالى وانكحوا الايامى
منكم يقتضي بعمومه انكاحهن من حر وعبد واجد كان الحر او غير واجد خائفا
للعنت او غير خائف لكن دليل الخطاب اقوى ها هنا والله اعلم من العموم لان هذا
العموم لم يعرض فيه الا صفات الزوج المشترطة في نكاح الاماء وانما المقصود
به الامر بانكاحهن والا يجبرن على عدم النكاح وهو ايضا محمول على الندب
عند الجمهور مع ما في ذلك من اضرار الرق بالرجل وولده واختلفوا من هذا الباب في فرعين
مشهورين اعني الذين لم يجيزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما احدهما
اذا كانت تحته حرة هل هي طول او ليست بطول فقال ابو حنيفة هي طول وقال غيره

ليست

ليست بطول عن مالك في ذلك القولان والمسألة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان
الشرطان نكاح اكثر من امة واحدة ثلاثا او اربعا او اثنتين فمن قال اذا كانت تحته
حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة
ومن قال خوف العنت انما يعتبر بالاطلاق سواء كان عزبا او متأهلا لانه قد لا تكون الزوجة
الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله ان ينكح امة لان حاله
مع هذه الحرة في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشي العنت من الامة التي
يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح امة ثانية على الامة
الاولى او لا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذ كان الخوف على العزب
اكثر قال لا ينكح اكثر من امة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح اكثر من امة واحدة
وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقا فيه نظر واذا قلنا ان له ان يتزوج
على الحرة امة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه او في فسخ النكاح اختلف
في ذلك قول مالك وكذلك اختلفوا اذا وجد طولا لحرة هل يفارق الامة او لا ولم يختلفوا
انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها اعني اصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب
على انه لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح

الفصل الثامن في مانع الكفر

واتفقوا على انه لا يجوز للمسلم ان ينكح
الوثنية لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر واختلفوا في نكاحها بالملك
واتفقوا على انه يجوز ان ينكح الكتابية الحرة الا ما روي عن ابن عمر واختلفوا في
احلال الكتابية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين والسبب
في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى ولا تمسكوا
بعصم الكوافر وعموم قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن لعموم قوله
تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم وهن المسبيات وظاهر
هذا يقتضي العموم سواء كانت مشركة او كتابية والجمهور على منعها وبالجواز
قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ما روي من نكاح المسبيات في غزوة اوطاس
اذ استأذنوه في العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز الكتابيات الاحرار

مالك

بالعقد الا على بناء الخصوص على العموم اعني ان قوله تعالى والمحصنات من
الذين اوتوا الكتاب من قبلكم هو خصوص وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يؤمن هو عموم واستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك
جعل العام ناسخا للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء. وانما اختلفوا في احلال الامة
الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك للقياس وذلك ان قياسها على الحرة
يقتضي اباحة تزويجها وباقي العموم اذا استثني منه الحرة يعارض ذلك لانه
يوجب تحريمها على قول من يرى ان العموم اذا خصص بقي الباقي على عمومه
فمن خصص العموم الباقي بالقياس او لم ير الباقي من العموم المخصص عموما قال يجوز
نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقي العموم بعد التخصيص على القياس قال
لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهذا ايضا سبب اخر لاختلافهم وهو معارضة
دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات يوجب ان لا
يجوز نكاح الامة غير المؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك
والقياس كل جنس يجوز فيه النكاح بملك اليمين اصله المسلمات والكتابيات
الثانية انه اذا لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرطين فاحرى ان لا يجوز
نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله
قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم ولاجماعهم على ان السبي يحل المسبية الغير متزوجة
وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم
ان سبيا معا اعني الزوج والزوجة لم ينفسخ نكاحهما وان سبي احدهما قبل الاخر
انفسخ النكاح وبه قال ابو حنيفة وقال قوم بل السبي يهدم سبيا معا او سبي
احدهما قبل الاخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان احدهما ان السبي لا يهدم
النكاح اصلا والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي والسبب في
اختلافهم هل يهدم او لا يهدم هو تردد نساء المسترقين الذين امنوا من
القتل بين نساء الذميين اهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها او المستاجرة
من كافر واما تفريق ابي حنيفة بين ان يسبيا معا وبين ان يسبى احدهما قبل

جلان

فلان الوطء عنده في الحلال هو اختلاف الدار بينهما لا الرق والوطء في الحلال عند غيره هو
الرق وانما النظر هل هو مع الزوجية او مع عدم الزوجية والاشبه
ان يكون للزوجية ها هنا حرمة لان محل الرق منها هو الطوع هو سبب الاحلال وهو
تشبيههما بالزوجية بعيد لان الذمي انما اعطى الجزية بشرط ان يقر على دينه فضلا على
على نكاحه

الفصل التاسع في موانع الاحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك
والشافعي والليث والاوزاعي واحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل
وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو حنيفة لا باس بذلك
وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه اهل
الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها
وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق ابي رافع ومن طريق سليمان
بن يسار وهو مولاها وعن يزيد ابن الاصم وروي من طريق ايضا من حديث عثمان بن
عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب
فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ومن رجح حديث ابن عباس
وجمع بينه وبين حديث عثمان بان حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهة قال
ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع او تغليب القول

الفصل العاشر

واختلفوا في نكاح المريض فقال ابو حنيفة والشافعي
يجوز وقال مالك في المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما
وان صح ويتخرج من قوله ايضا انه لا يفرق بينهما وان التفريق مستحب غير واجب
وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك انه لا تجوز هبة
المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم سبب اخر وهو هل يتهم على اضرار
الورثة بادخال وارث زائد او لا يتهم وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم
اتفقوا على ان الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث وردوا
جواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند اكثر الفقهاء لكونه يوجب

انه

اضرار

مصالح لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة
حتى ان قوما راوا ان القول بهذا القول شرع زايد واعمال هذا القياس يوهن ما
في الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقيف ايضا
على اعتبار المصالح يطرق للناظر ان يتسلط فهو العدم الشي التي في ذلك الجنس الى الظلم
فليفوض مثل هذه الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم
بها وبخاصة اذا فهم من اهل ذلك الزمان استعمال ظواهر الشرع تطرقا الى الظلم
ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلايل على انه
قصد بالنكاح خيرا لم يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار لورثته
منعه من ذلك كالحال في اشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشي
وضده مما اكتسبوه من قوة صناعتهم اذ لا يمكن ان يحد في ذلك حد موقت صناعي
وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع. الفصل الحادي عشر
في مانع العدة واتفقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حمل او حيض
او عدة اشهر واختلفوا فيمن تزوج امراة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعي
والليث يفرق بينهما ولا تحل له ابدا وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري يفرق
بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا باس ان يتزوجها مرة ثانية وسبب
اختلافهم هل قول الصاحب حجة ام ليس بحجة وذلك ان مالكا روى عن ابن شهاب
عن سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الا
سدية وزوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال ايما
امراة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل فرق بينهما ثم اعتدت
بقية عدتها من الاول ثم كان الاخر خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق
بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الاخر ثم لا يجتمعان ابدا
قال سعيد ولها مهرها بما استحل وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه
ضعيف مختلف في اصله وهو انه ادخل شبهة في النسب فاشبه الملاعن وروي
عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك

دليل

دليل من كتاب او سنة او اجماع من الامة وفي بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها
وكون المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق
على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه اشعث عن الثوري عن الشعبي عن
مسروق واما من قال بتحريمها بالعقد فضعيف واجمعوا على انه لا توطا حامل
مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا
اذا وطئ هل تعتق عليه او لا تعتق والجمهور على انها لا تعتق وسبب اختلافهم
هل ماؤه موثر في خلقته او غير موثر فان قلنا انه موثر كان له ابنا بجهة ما وان
قلنا انه ليس بموثر لم يكن ذلك وروي عن النبي عليه السلام انه قال او يستعبده
وقد غذاه في سمعه وبصره واما النظر في مانع التطليق ثلاثا فسياتي في كتاب
الطلاق الفصل الثاني عشر واما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية
بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا في المسبية على ما تقدم واختلفوا
ايضا في الامة اذا بيعت هل يكون طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم
هو طلاق وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وابي بن كعب وسبب
اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة يوجب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو
كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان
نفس شراء عايشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابو بكر بن ابي شيبة
عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا
حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم نساء لهن
ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تاثموا من غشيانهن
من اجل ازواجهن فانزل الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت
ايمانكم وهذه المسالة هي اليق بكتاب الطلاق فهذه جملة الاشياء المصححة
للانكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس صفة العاقد والمعقود
عليها وصفة العقد وصفة الشروط في العقد واما الانكحة التي انعقدت قبل
الاسلام ثم طرا عليها الاسلام فانهم اتفقوا على ان الاسلام اذا كان منهما معا اعني

من الزوج والزوجة وكان في وقت النكاح على امر يصح ابتدا العقد عليه في الاسلام
ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضعين احدهما قبل الاخر فاما المسايل
الاولى وهو اذا اسلم الكافر وعنده اكثر من اربع نسوة او اسلم وعنده اختان
فان مالكا قال يختار منهن اربعا ومن الاختين واحدة ايتهما شاء وبه قال الشافعي
واحمد وداود وقال ابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى يختار الاوايل منهن في العقد
فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من اصحاب
مالك اذا اسلم وعنده اختان فارقهما جميعا ثم استانف نكاح ايتهما
شاء ولم يقل بذلك احد من اصحاب مالك غيره وسبب اختلافهم معارضة القياس
للاثر وذلك انه ورد في ذلك اثران احدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلمة الثقفي
اسلم وعنده عشر نسوة واسلمن معه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار
منهن اربعا والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه اسلم على الاختين فقال له رسول
صلى الله عليه وسلم اختر ايتهما شئت واما القياس المخالف لظاهر الاثر فتشبيه
العقد على الاخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام اعني انه كما ان العقد عليهن لا
في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف واما اذا اسلم احدهما قبل الاخر ثم اسلم الاخر
فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعي انه اذا اسلمت المراة قبله فانه
ان اسلم في عدتها كان احق بها وان اسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في
ذلك من حديث صفوان بن امية وفي الاثر ان زوجته ابنة الوليد بن المغيرة اسلمت قبله
ثم اسلم هو فاقرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحهما قالوا كان بين اسلام صفوان
وبين اسلام امراته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا ان امراة هاجرت
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها
بينها وبين زوجها الا ان يقدم زوجها مهاجرا قبل ان تنقضي عدتها واما اذا اسلم
الزوج قبل اسلام المراة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا اسلم الزوج قبل
المراة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فابت وقال الشافعي سواء العل

اسلمت صح

احق

الرجل قبل المراة او المراة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتاخر في العدة ثبت النكاح وسبب
اختلافهم معارضة العموم للاثر وللقياس وذلك ان عموم قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم
الكوافر يقتضي المفارقة على الفور واما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روي من
ان ابا سفيان بن حرب اسلم قبل هند بنت عتبة امراته وكان اسلامه بمر الظهران ثم
رجع الى مكة وهند بها كافرة فاخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت
بعده بايام فاستقرا على نكاحهما واما القياس المعارض لذلك الاثر فلانه يظهر انه
لا فرق بين ان تسلم قبله او هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد
يجب ان تعتبر في اسلامه ايضا قبل

الباب الثالث في موجبات الخيار وموجبات
الخيار اربعة العيوب والاعسار بالصداق او بالنفقة والكسوة والثالث الفقد
اعني فقد الزوج والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد في هذا الباب اربعة فصول

الفصل الاول في خيار العيوب

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد
من الزوجين في موضعين احدهما هل ترد بالعيوب او لا ترد والموضع الثاني اذا
قلنا انه يرد فمن ايها يرد وما حكم ذلك فاما الموضع الاول فان مالكا والشافعي واصحابهما
قالوا العيوب توجب الخيار في الرد والامساك وقال اهل الظاهر لا توجب العيب خيار الرد
والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز وسبب اختلافهم شيئان احدهما هل قول
الصاحب حجة والاخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد في ذلك
فهو ما روي عن عمر بن الخطاب انه قال ايما رجل تزوج امراة وبها جنون او جذام او برص
او قرن فلها الصداق كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها
واما القياس على البيع فان القايلين بموجب خيار البيع في النكاح قالوا النكاح في ذلك
شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيها به لاجماع المسلمين على انه لا يرد النكاح
بكل عيب يرد به البيع واما القايلون بالرد في العيوب فانهم اختلفوا في اي العيوب

يرد بها وفي ايها لا يرد وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي ان الرد يكون من اربعة
الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء اما قرن او رتق في المرأة او عنة
في الرجال وخصاء واختلف اصحاب مالك في اربع في السواد والقرع وبخر الفرج
ونتن الانف فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال ابو حنيفة واصحابه
والثوري لا ترد المرأة في النكاح الا بعيبين فقط القرن والرتق فاما احكام الرد فان
القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه
واختلفوا اذا علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن
به انه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق
وليس يرجع على المرأة بشيء وان كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله
الا ربع دينار فقط وقال الشافعي ان دخل بها فالصداق كله بالمسيس وسبب
اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع او بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس
اعني اتفاقهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه
السلام ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل
منها فمكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع
وبين الانكحة المفسوخة اعني بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح
العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة واختلف اصحاب مالك في العلة التي
من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل
لان ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على انها مما لا يخفى وقيل لانها يخاف
سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد
بكل عيب اذا علم انه مما خفي على الزوج

الفصل الثاني في خيار الاعسار

بالصداق والنفقة واختلفوا في الاعسار بالصداق فكان الشافعي
يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك واختلف اصحابه في قدر التلوم
فقيل ليس في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتان وقال ابو حنيفة هو غريم

من الغرماء

من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة واما ان تمنع نفسها حتى يعطيها
المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع او تغليب الضرر
اللاحق للمرأة في الاخر من عدم الوطء تشبيها بالايلاء والعنة واما الاعسار
بالنفقة فقال مالك والشافعي واحمد وابو ثور وابو عبيد وجماعة يفرق
بينهما وهو مروي عن ابي هريرة وسعيد بن المسيب وقال ابو حنيفة والثوري
لا يفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر وسبب اختلافهم اختلافهم في تشبيه
الضرر الواقع في ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق
على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا ان النفقة في مقابلة
الاستمتاع بدليل ان الناشز لا نفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط
الاستمتاع فوجب الخيار واما من لا يرى القياس فقالوا اذا ثبتت العصمة (العراق خ)
بالاجماع فلا تنحل الا باجماع او بدليل من كتاب او سنة فسبب اختلافهم
معارضة استصحاب الحال للقياس

الفصل الثالث في خيار الفقد

واختلفوا في
المفقود الذي تجهل حياته او موته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته
اجل اربع سنين من يوم ترفع امرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته او موته
فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرا
وحلت قال واما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم ان المفقود لا يعيش
الى مثله فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو
دون هذه الاسنان وروي هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروي ايضا عن
عثمان وبه قال الليث وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري لا تحل امرأة المفقود
وذلك ان استصحاب الحال يوجب الا تنحل عصمة الا بموت او طلاق حتى
يقوم الدليل على غير ذلك واما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق
لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقود
عند المالكيين من اصحاب مالك اربعة مفقود في ارض الاسلام وقع الخلاف

بعيد ومفقود في ارض الحرب ومفقود في حروب الاسلام اعني فيما بينهم
ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن اصحابه في الثلاثة الاخيرة
من المفقود كثير فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير
لا تتزوج امراته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا اشهب فانه حكم
له بحكم المفقود في ارض المسلمين والمفقود في حرب المسلمين فقيل ان حكمه
حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت
فيه المعركة وقربه واقصى الاجل في ذلك سنة واما المفقود في حرب الكفار
ففيه اربعة اقوال في المذهب قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول
بعد تلوم سنة الا ان يكون بموضع لا يخفى امره فيحكم له بحكم المفقود في حرب
المسلمين وفتنتهم والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين
والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في ارض المسلمين في ماله اعني
يعمر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر
بحسب الاصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه
اختلاف اعني بين القائلين بالقياس

الفصل الرابع في خيار العتق

واتفقوا على ان الامة اذا اعتقت تحت عبد ان لها الخيار واختلفوا
اذا اعتقت تحت الحر هل لها الخيار ام لا فقال مالك والشافعي واهل المدينة
والاوزاعي واحمد والليث لا خيار لها وقال ابو حنيفة والثوري لها الخيار
حرا كان او عبدا وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة والقياس
ومن رأى ان العلة الجبر على النكاح بالاطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على
تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط واما اختلاف النقل فانه روي
عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبدا اسود وروي عن عائشة
ان زوجها كان حرا وكلا النقلين ثابت عند اصحاب الحديث
واختلفوا ايضا في الوقت الذي يكون لها الخيار فقال مالك والشافعي

لها الخيار ما لم يمسها وقال ابو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعي انما يسقط
خيارها بالمسيس اذا علمت ان المسيس يسقط خيارها

الباب الرابع في حقوق الزوجية

واتفقوا على ان من حقوق الزوجة على الزوج النفقة
والكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية ولما ثبت من قوله عليه السلام ولهن
عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند خذي ما يكفيك وولدك
بالمعروف واما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا في اربعة مواضع في وقت وجوبها
ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب اما وقت وجوبها فان مالكا قال لا تجب النفقة
على الزوج حتى يدخل بها او يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال
ابو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغة واما اذا كان هو
بالغا والزوجة صغيرة فللشافعي قولان احدهما مثل قول مالك والثاني ان لها
النفقة بالاطلاق وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع او لمكان
انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض واما مقدار النفقة فذهب مالك
الى انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة
وان ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال ابو
حنيفة وذهب الشافعي الى انها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مد
ونصف وعلى المعسر مد وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على
الاطعام في الكفارة او على الكسوة وذلك انهم اتفقوا ان الكسوة غير محدودة
وان الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم
الزوجة وان وجبت فكم يجب فالجمهور على ان على الزوج النفقة على خادم الزوجة
اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين
اوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم يجب نفقته فقالت طائفة ينفق على
خادم واحد وقيل على خادمين اذا كانت ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال
مالك وابو ثور ولست اعرف دليلا لمن اوجب النفقة على الخادم الا تشبيه
الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد

في وجوبها للمطلقة الرجعية وأما لمن تجب النفقة فإنهم اتفقوا على أنها تجب للحرة غير الناشز واختلفوا في الناشز والأمة فأما الناشز فالجمهور على أنها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله عليه السلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب ألا نفقة للناشز وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضا إن كانت تأتيه فلها النفقة وإن كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي تأتيه وقيل إن كان الزوج حرا فعليه النفقة وإن كان عبدا فلا نفقة عليه وقيل عليه النفقة وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن العموم يقتضي لها وجوب النفقة والقياس يقتضي ألا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الأمة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام وأما على من تجب فإنهم اتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فأما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته وقال أبو مصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب إلا بإيجاب السلطان وإنما اختلفوا بين القول فيما إذا اختلفوا في الإنفاق ومسائل ذلك في كتاب الأحكام وكذلك اختلفوا على أن من حقوق أن يعدل بينهن في القسم لما ثبت من فعله صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه السلام إذا كانت للرجل امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه السلام كان

اذا

اذا أراد السفر أقرع بينهن واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهما يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب إن كانت له امرأة أخرى بالأيام التي تزوج وقال أبو حنيفة الإقامة عندهن سواء بكرا كانت أو ثيبا ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا تزوج البكر أقام عندها سبعا وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فلما أصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وإن شئت ثلثت ودرت وحديث أم سلمة متفق عليه خرجه مالك والبخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصري أبو داود فصار أهل المدينة إلى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة إلى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب وسبب الخلاف حمل فعله عليه السلام على الندب أو على الوجوب وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق وقوما لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوما أوجبوا ذلك على الدنية ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها وهو مشهور قول مالك وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعني إيجابه أو متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال يتضمن الأمر بالإرضاع وإيجابه قال والذي يجب على الأم قال يجب عليها الإرضاع وأما من فرق بين الدنية والشريفة فاعتبر في ذلك العادة وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فيجب عليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع بهذا الإجماع لقوله سبحانه فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه السلام

تخريجه

حقوق الزوج على الزوجة

من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة وان كانت الامة
والصبية اذا لم يفرق بينهما وبين ولدهما فلحق بذلك الحرة واختلفوا اذا بلغ
الولد حد التمييز فقال قوم يخير ومنع الشافعي واحتجوا بانه ورد في ذلك
وبقي قوم على الاصل لانه لم يصح عندهم هذا الحديث والجمهور على ان ... وبعدها
لغير الاب في بلغ الحضانة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انت احق
به ما لم تنكحي ومن لم يصح عنده هذا الحديث فهو على الاصل واما نفقة الحضانة فمن
الام الى غير الاب فليمهد ذلك فيما يعتمد عليه

الباب الخامس

في الانكحة المنهي عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها والانكحة التي
ورد النهي فيها منصوصا اربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على خطبة اخيه
ونكاح المحلل فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح
الرجل وليته رجلا اخر على ان ينكحه الاخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه
ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه واختلفوا اذا
وقع هل يصحح بمهر المثل ام لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ ابدا قبل الدخول وبعده
وبه قال الشافعي الا انه قال ان سمى لاحدهما صداقا او لهما معا فالنكاح ثابت
بمهر المثل والمهر الذي سمياه فاسد وقال ابو حنيفة نكاح الشغار يصح
بفرض صداق المثل وبه قال الليث واحمد واسحاق وابو ثور والطبري و
سبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض او غير معلل فان
قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح
بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر او خنزير وقد اجمعوا على ان النكاح
المنعقد على الخمر او الخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل
وكان مالكا رضي الله عنه راى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد
العقد هاهنا من فساد الصداق مخصوص بتعلق النهي به او راى ان النهي
انما تعلق بنفس العقد والنهي يدل على فساد المنهي واما نكاح المتعة
فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي

وقع

وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي
بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام
اوطاس واكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها
وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتج
بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن وفي حرف عنه الى اجل مسمى
وروي عنه انه قال ما كانت المتعة الا رحمة من الله عز وجل رحم بها امة محمد صلى الله عليه وسلم
ولولا نهي عمر عنها ما اضطر الى الزنا الا شقي وهذا الذي روي عن ابن عباس رواه عنه ابن
جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء انه قال سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر ونصفا من خلافة عمر ثم نهى عمر عنها الناس واما
اختلافهم في النكاح الذي تقع الخطبة فيه على خطبة غيره فقد تقدم ان فيه ثلاثة اقوال
قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وقول بفرق بين ان تقع الخطبة على خطبة الغير بعد الركون
والقرب من التمام او لا تقع وهو مذهب مالك واما نكاح المحلل اعني الذي يقصد
بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال ابو حنيفة
والشافعي هو نكاح صحيح وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه
السلام لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التاثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم
من التاثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي قال النكاح فاسد
فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهي واما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها
تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح او بتغيير حكم واجب بالشرع من
احكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود باخلال شرط من شروط الصحة و
اما الزيادة التي تقتضي ... من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف
العلماء في نوع الشروط التي بهذه الصفة مثل ان تشترط الا يتزوج عليها او لا ينقلها
من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا ان يكون في ذلك يمين بعتق او طلاق
فان ذلك يلزمه الا ان يطلق او يعتق وبه قال الشافعي وابو حنيفة وقال الاوزاعي
وابن شبرمة لها شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء ي

الخصوص

بعضه وقول مالك مروي عن علي وقول الاوزاعي مروي عن عمر وسبب
اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عايشة ان النبي عليه
السلام خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو
كان مائة شرط واما الخصوص فحديث عقبة ابن عامر عن النبي عليه السلام
انه قال احق الشروط ان يوفى بها ما استحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما
البخاري ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضا بالخصوص على العموم
وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك
واما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا
اعني في لزومها او عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع واما حكم الا
نكحة الفاسدة اذا وقعت فمنها ما اتفقوا على فسخها قبل الدخول وبعده
وهو ما كان منها فاسدا باسقاط متفق على فقده صحة النكاح بوجوده
مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف
علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة وما كان في هذا
الجنس فذهب الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والاصل عنده فيه
الا يفسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة
الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة والا
فلا وجه للفرق بين الدخول وعدمه والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير
وكأن هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا
فسخ قبل وبعد ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل
القوي متفقا عليه او مختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب في وقوع
الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق
فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول
او عدمه وقد نرى ان نقطع ههنا القول في هذا الكتاب فان ما ذكرناه فيه
كفاية بحسب غرضنا المقصود كمل كتاب النكاح بحمد الله وعونه بسم الله الرحمن الرحيم

صلى

ع الباب

طف الزوجة

صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما **كتاب الطلاق** والكلام في هذا الكتاب
ينحصر في اربع جمل الجملة الاولى في انواع الطلاق الجملة الثانية في اركان الطلاق الجملة الثالثة
في الرجعة الجملة الرابعة في احكام المطلقات **الجملة الاولى** وفي هذه الجملة خمسة ابواب
الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعي الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي
الباب الثالث في الخلع الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ الباب الخامس في التخيير
والتمليك **الباب الاول** واتفقوا على ان الطلاق نوعان باين ورجعي وان الرجعي
هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وان من شرطه ان يكون في مدخول
بها واتفقوا على هذا لقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن
واحصوا العدة الى قوله لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا وللحديث الثابت ايضا
من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم امره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف
في هذا واما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد في الطلاق من
قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف
بينهم هل الخلع طلاق او فسخ على ما سياتي بعد واتفقوا على ان العدد الذي يوجب البينونة
في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى الطلاق مرتان الاية و
اختلفوا اذا وقعت ثلاثا باللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق
موثر في اسقاط اعداد الطلاق وان الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان واختلفوا
هل هذا معتبر برق الزوج او برق الزوجة ام برق من رق منهما ففي المذهب اذا ثلاث
مسائل **المسالة الاولى** جمهور فقهاء الامصار على ان الطلاق بلفظ الثلاث حكمه
حكم الطلقة الثالثة وقال بعض اهل الظاهر وجماعة حكمها حكم الواحدة ولا تاثير للفظ
في ذلك وحجة هولاء ظاهر قوله تعالى الطلاق مرتان الاية الى قوله في الثالثة فان طلقها
فلا تحل له والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة واحتجوا ايضا بما خرجه مسلم والبخاري
عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وسنتين
من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فامضاه عليهم عمر واحتجوا ايضا بما رواه ابن اسحاق
عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها

حزنا شديدا فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا
في مجلس واحد فقال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول
الجمهور بان حديث ابن عباس من الواقع في الصحيح انما رواه عنه من اصحابه طاوس
وان جلة اصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو
ابن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحاق وهم وانما روى الثقات انه طلق
ركانة زوجته البتة لا ثلاثا وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من
البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة
ام ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما الزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التي يشترط
في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن
شبهه بالنذور والايمان التي ما التزم العبد منها لزمه على اي صفة كان الزم الطلاق كيف
ما الزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة
ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك اعني في قوله تعالى
لعل الله يحدث بعد ذلك امرا **المسألة الثانية** واما اختلافهم في اعتبار
نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبدا
كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة او امة وبهذا قال مالك
والشافعي ومن الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه في ذلك لكن
المشهور عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار في ذلك هو بالنساء
فاذا كانت الزوجة امة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج حرا
او عبدا وممن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ومن فقهاء الامصار ابو
حنيفة وغيره وفي المسألة قول شاذ وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق
منهما قال ذلك عثمان البتي وغيره وروي عن ابن عمر وسبب هذا الاختلاف
هل الموثر في هذا هو رق المرأة او رق الرجل فمن قال التأثير في هذا هو لمن بيده
الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال هو
حكم من احكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد اجمعوا على ان العدة بالنساء اي

نقصانها

نقصانها تابع لرق النساء واحتج الحنفية بما روي عن ابن عباس مرفوعا الى
النبي عليه السلام انه الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت
في الصحاح واما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا
ولم يجعل ذلك بسبب لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق **المسألة الثالثة** واما كون
الرق موثرا في نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وابو محمد بن حزم وجماعة من
اهل الظاهر يخالفون فيه ويرون ان العبد في هذا والحر سواء وسبب الخلاف معارضة
الظاهر في هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد او الامة
على حدودهما وقد اجمعوا على كون الرق موثرا في نقصان الحدود الذي نص في قوله تعالى فاذا
احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب واما اهل الظاهر
فلمكان الاصل عندهم ان حكم العبد في التكاليف حكم الحر الا ما خصصه الدليل والدليل عندهم
هو نص او ظاهر من الكتاب او السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد
على اصله وينبغي ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة
للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر واما نقصان الطلاق
فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين اغلظ من وقوعه بثلاث
لما عسى ان يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت
الرجعة دائمة بين الزوجين لعنتت وشقيت ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة
لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسرا عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين
ولذلك نرى والله اعلم ان من الزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه
السنة المشروعة **الباب الثاني** واجمع العلماء على ان المطلق للسنة في المدخول بها هو
الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وان المطلق في الحيض او في الطهر الذي مسها
فيه غير مطلق للسنة وانما اجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي
حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام مره فليراجعها
وليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس
فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع الموضع

الأول هل من شرطه ألا يتبعها طلاقا في العدة والثاني هل المطلق ثلاثا أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أو لا والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض. أما الموضع الأول فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها ألا يتبعها في العدة طلاقا آخر وقال أبو حنيفة إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة. وسبب الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجة بعد رجعة أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيها طلاقا ومن قال ليس بشرط أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع. وأما الموضع الثاني فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة. وسبب الخلاف معارضة إقراره عليه السلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة على حكم الطلقة الثالثة للكتاب والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت أن العجلاني طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظة الثلاث رافع للرخصة التي جعل الله في العدد قال فيه إنه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله أعلم أظهر ههنا من قول الشافعي. وأما الموضع الثالث في حكم من طلق في وقت الحيض فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب إلى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر إلا في الحيضة الأولى والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا

[في الهامش: مالك — لم من — وقول — لم يقع]

متى

متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء فقوم اشترطوا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فإذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فإن شاء أمسك وإن شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ولكل من شرط في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم ير الرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه فهذه أربع مسائل أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا والثانية إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الإجبار والرابعة متى ينقطع الإجبار أو الندب. وأما المسألة الأولى فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروي أنه كان الذي يفتي به ابن عمر وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم كل فعل وعمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال وتمام فمن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع ويندب إلى أن يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك. وأما المسألة الثانية وهي هل يجبر أو لا يجبر على الرجعة فمن اعتمد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال يحمل هذا الأمر

[في الهامش: أمرنا — لم بالرجعة قال]

على الندب وأما المسألة الثالثة وهي متى يوقع طلاق الإجبار فإن من اشترط
في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإنما صار لذلك لأنه المنصوص عليه
في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر
الذي بعد الحيض لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق
الأخير عدة لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا إن من شأن
الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة
أن يطلقها في طهر لم تطلق في الحيضة التي قبله وسواء من الشروط المشترطة عند
مالك في طلاق السنة فيما ذكر عبد الوهاب وأما الذين لم يشترطوا ذلك
فإنهم صاروا إلى ما روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين
ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال يراجعها فإذا طهرت طلقها
إن شاء وقالوا المعنى في ذلك أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له لأنه طلق
في زمان كره له فيه الطلاق فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه
غير مكروه فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسألة وتعارض
مفهوم العلة وأما المسألة الرابعة وهي متى يجبر فإنما ذهب مالك إلى أنه
يجبر على رجعتها طول زمان العدة لأنه الزمان الذي له فيه أن يراجعها وأما
أشهب فإنما صار في هذا إلى ظاهر الحديث لأن فيه مره فليراجعها حتى تطهر
فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضا فإنه قال إنما أمر بمراجعتها
لئلا تطول عليها العدة فإنه إذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها بإجماع
فإن قلنا إنه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك أعليها أطول وعلى هذا
التعليل فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة فسبب
الاختلاف هو اختلافهم في علة الأمر بالرد

الباب الثالث

في الخلع واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى
واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له
جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها

عنه

عنه حقها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من
الفراق في أربعة فصول في جوازه ووقوعه أولا ثم ثانيا في شروطه وقوعه
أعني جواز وقوعه ثم ثالثا في نوعه أعني هل هو طلاق أو فسخ ثم رابعا
فيما يلحقه من الأحكام

الفصل الأول

فأما جوازه ووقوعه فعليه جمهور
العلماء والأصل في ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به وأما السنة فحديث ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس
أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في
خلق ولا دين ولكني أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخاري وأبو
داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزني
عن الجمهور فقال لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا واستدل على ذلك
بأنه زعم أن قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به منسوخ بقوله تعالى
وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا
منه شيئا الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها وأما برضاها فجائز
فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو تخصيصه

الفصل الثاني

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع إلى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع إلى صفة
الشيء الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها ومنها ما يرجع
إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لا يملك أمرها
ففي هذا الفصل أربع مسائل المسألة الأولى أما مقدار ما يجوز لها
أن تختلع به فإن مالكا والشافعي وجماعة قالوا يجوز أن تختلع المرأة
بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها وبمثله
وبأقل وقال قوم ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث
ثابت فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات رأى القدر فيه راجعا إلى

الى الرضا ومن اخذ بظاهر الحديث لم يجز اكثر من ذلك وكانه رآه من باب
اخذ المال بغير حق. المسألة الثانية واما صفة العوض فان الشافعي
وابا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود و
مالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم مثل الابق والشارد
والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكي عن ابي حنيفة
جواز الغرر ومنع المعدوم. وسبب الخلاف تردد العوض ها هنا بين
العوض في البيوع او الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهه بالبيوع اشترط
فيها ما يشترط في اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك
واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض او لا
بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا وبه قال
ابو حنيفة وقال الشافعي يجب عليها مهر المثل. المسألة الثالثة
واما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على ان
الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما يعطيه اضراره بها
والاصل في ذلك قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن
الا ان ياتين بفاحشة مبينة وقوله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله
فلا جناح عليهما فيما افتدت به وشذ ابو قلابة والحسن البصري فقالا لا يحل
للزوج الخلع حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة في الاية على الزنا وقال
داود لا يجوز الا بشرط الخوف الا يقيما حدود الله على ظاهر الاية وشذ
النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمراة في
مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المراة
جعل الخلع بيد المراة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة اقوال
قول انه لا يجوز اصلا وقول انه يجوز على كل حال الا مع الضرر وهو المشهور
المسألة الرابعة واما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند
الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا

سيرها

سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته
الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن
الصغير قال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز له لانه لا يطلق عليه عندهم والله اعلم وخلع
المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك يجوز
خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان
من راس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث واما المهملة التي لا وصي
لها ولا اب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه
يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع
الا باذن السلطان. الفصل الثالث واما نوع الخلع فجمهور العلماء
على انه طلاق وبه قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ
وقال الشافعي هو فسخ وبه قال احمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد
روي عن الشافعي انه كناية فان اراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا
وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات
ام لا وجمهور من رأى انه طلاق يجعله بائنا لانه لو كان للزوج في العدة منه
الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال ابو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن
له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا
بان الفسوخ انما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع
الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بان الله
تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال الطلاق مرتان ثم ذكر الافتداء ثم
قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو كان الافتداء
طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند
هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع اعني الاقالة
وعند المخالف ان الاية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شيء يلحق جميع انواع
الطلاق لا على انه شيء غير الطلاق وسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه

العدة يعني جعلها من نوع من فسخ الطلاق الى نوع فسخ الفسخ ام ليس يغير جنسها **الفصل
الرابع** واما اللواحق فهي وهي كثيرة لكن نذكر منها ما اشتهر منها هل تردف
على المختلعة في العدة طلاق ام لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا
وقال الشافعي لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال ابو حنيفة يرتدف
ولم يفرق بين الفور والتراخي وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق
الاول من احكام الطلاق وعند ابي حنيفة من احكام النكاح ولذلك لا يجوز
عنده ان ينكح مع المبتوتة اختها فمن رأى انها من احكام النكاح اردف الطلاق
عنده ومن لم ير ذلك لم يردفه ومنها ان جمهور العلماء اجمعوا على انه
لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة الا ما روي عن سعيد بن المسيب وابن
شهاب انهما قالا ان رد لها ما اخذ منها في العدة اشهد على رجعتها والفرق
الذي ذكرناه عن ابي ثور ان يكون بلفظ الطلاق او لا يكون ومنها ان الجمهور
اجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتاخرين
لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة وسبب الخلاف هل المنع من النكاح في العدة
عبادة او ليست بعبادة بل معلل واختلفوا في هذه المختلعة وسياتي بعد
واختلفوا اذا اختلف الزوج والمراة في مقدار العوض الذي وقع به الخلع
فقال مالك القول قولها اذا لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان
ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين
وقال مالك هي مدعى عليها والزوج مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس
مما يليق بغرضنا **الباب الرابع** واختلف قول مالك رحمه الله
في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي
يعتد به في الثلاث الى قولين احدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج
عن مذهبه اعني في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفراق عنده فيه طلاق
مثل الحكم بتزويج المراة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق
لا فسخ والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفريق

فان كان

فان كان ذلك غير راجع الى الزوجين مما لو ارادا الاقامة على الزوجية معه لم تصح كان
فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع او النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقيما عليه مثل
الرد بالعيب كان طلاقا **الباب الخامس** ومما يعد من انواع الطلاق مما يرى ان له
احكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عند مالك في المشهور غير التخيير وذلك
ان التمليك هو عنده تمليك المراة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الثلاث فما دونها ولذلك
له ان يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك عنده لانه يقتضي ايقاع
طلاق تنقطع معه العصمة الا ان يكون تخييرا مقيدا مثل ان يقول لها اختاري نفسك
او اختاري تطليقة او تطليقتين ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا ان تختار
زوجها او تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن ذلك لها والمملكة
لا يبطل تمليكها عنده الا ان توقع الطلاق حتى يطول امرها على احدى الروايتين
او يفترقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التمليك الا ان ترد او تطلق والفرق
عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها لم
قبل ان تطلق وليس له ذلك في التمليك وقال الشافعي اختاري او امرك بيدك سواء
ولا يكون ذلك طلاقا الا ان ينويه وان نواه فهو ما اراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثا
فثلاث فله عنده ان يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار والتمليك
وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال ابو
حنيفة واصحابه الخيار ليس بطلاق وان طلقت نفسها في التمليك واحدة
فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل
القول قولها في اعداد الطلاق في التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول
مروي عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس
للمراة في التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروي عن ابن
عباس وعمر رضي الله عنهما وروي انه جاء ابن مسعود رجل فقال له كان
بيني وبين امراتي بعض ما يكون بين الناس فقالت لو ان الذي بيدك من امري
بيدي لعلمت الذي كيف اصنع قال فان الذي بيدي من امرك بيدك قالت

وانت طالق ثلاثا قال اراها واحدة وانت احق بها ما دامت في عدتها وسالني
امير المومنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة قال صنع الله بالرجال وفعل
يعمدون الى ما جعل الله في ايديهم فيجعلونه في ايدي النساء بفيها التراب
ما ذا قلت فيها قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال وانا ارى ذلك
ولو رايت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشيء لان ما
جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز ان يرجع الى يد المراة بجعل جاعل
وكذلك التخيير وهو قول ابي محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها
الخيار في الطلاق او البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي
وابي حنيفة وربيعة والاوزاعي وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعي ان التمليك
اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله ان يرجع في ذلك متى احب ذلك ما لم
توقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك والتخيير وجعل ذلك
للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا فانكر اهل الظاهر
ان معنى ذلك لو اخترن انفسهن لطلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان
التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك
انسانا امرا من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه قد خيره واما
مالك فيرى ان قوله لها اختاري او اختار نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في
معنى البينونة لتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه
انما كان البينونة وانما راى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التمليك
انه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها
واما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر النية فسبب الخلاف
هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا
على ان له مناكرتها في العدد اعني في لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة

محتملة

محتملة فضلا عن ظاهرة وانما راى مالك والشافعي انها اذا طلقت نفسها بتمليكه
اياها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعي وهو
طلاق السنة وانما راى ابو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم
يكن لما طلب من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك واما من راى لها
ان تطلق نفسها في التمليك ثلاثا وان ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى
التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المراة فهي
مخيرة فيما توقعه من اعداد الطلاق واما من جعل التمليك طلقة واحدة
بائنة او التمليك او التخيير فانما ذهب الى انه اقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطا
للرجال لان العلة في منع جعل الطلاق بايدي النساء دون الرجال لنقصان عقلهن
وغلبة الشهوة عليهن وسوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المراة اذا
اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروي عن الحسن
البصري انها اذا اختارت زوجها فواحدة وان اختارت نفسها فثلاث
فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثمانية مواضع احدها انه لا يقع بواحد
منهما طلاق والثاني انه تقع بهما فرقة والثالث الفرق بين التخيير والتمليك
فيما تملك به المراة اعني ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك ما دون البينونة
واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها
تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة واما حكم الالفاظ التي تجيب بها المراة
في التخيير والتمليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها
صريحة في الطلاق او كناية او محتملة وسياتي تفصيل ذلك عند الكلام في الفاظ
الطلاق **الجملة الثانية** وفي هذه الجملة ثلاثة ابواب الباب الاول
في حكم الفاظ الطلاق وشروطه الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه ممن
لا يجوز الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع **الباب
الاول** وهذا الباب فيه فصلان الفصل الاول في انواع الفاظ الطلاق المطلقة
الفصل الثاني في انواع الفاظ الطلاق المقيدة **الفصل الاول** اجمع المسلمون

الباب

على ان الطلاق يقع اذا كان بنية ولفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ
الذي ليس بصريح او بالنية دون اللفظ او باللفظ دون النية فمن اشترط النية
واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من اقام الظاهر مقام
الصريح ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين او قنع بالنية فقط ومن
اعمل النية او قنع باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان الفاظ الطلاق
صنفان صريح وكناية واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي احكامها
وما يلزم فيها ونحن على ما قصدنا من ذكر المشهور وما يجري مجرى الاصول
فقال مالك واصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي
عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي الفاظ
الطلاق الصريحة ثلاث الطلاق والفراق والسراح وهي المذكورة في القرآن
وقال بعض اهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم
في صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته
على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار اصلا في هذا الباب
واما الفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف
اعني ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق او هي باقية
على دلالتها اللغوية فاذا استعملت في هذا المعنى اعني في معنى الطلاق
كانت مجازا هذا هو معنى الكناية اعني الذي يكون مجازا في دلالته وانما ذهب
من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد
بهذه الالفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر
بها على اللفظ الشرعي فاما اختلافهم في احكام صريح الفاظ الطلاق ففيه
مسئلتان مشهورتان احديهما اتفق مالك والشافعي وابو حنيفة عليها
والثانية اختلفوا فيها فاما التي اتفقوا عليها فان مالكا والشافعي وابا
حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق اذا نطق بالفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقا
اعني اذا قال لزوجته انت طالق وكذلك السراح والفراق عند

الشافعي

فعلى قوله ان الطلاق لا بد له من نية

268

الشافعي واستثنت المالكية بان قالت الا ان يقترن بالمراة قرينة تدل على
صدق دعواه مثل ان تسئله ان يطلقها من وثاق هي فيه فيقول لها انت طالق
وفقه المسئلة عند الشافعي وابي حنيفة ان الطلاق عندهم لا يحتاج الى نية
واما مالك فالمشهور عنه انه يحتاج الطلاق الى نية لكن لم ينوه ها هنا لموضع
التهم ومن رايه الحكم بالتهم سدا للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعي
وابو حنيفة فيجب على راي من يشترط النية في الفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم
ان يصدقه فيما ادعى والفرق بين مذهب ابي حنيفة والشافعي ومذهب مالك
ان ابا حنيفة والشافعي لما لم يدل لفظ الطلاق عندهم الا على معنى واحد وهو
ابطال العصمة الزموا المطلق الطلاق وان ادعى انه لم تكن له نية لانه من المستحيل
ان يقصد احد بلفظ هو نص في معنى واحد ويقول انه لم تكن له في ذلك المعنى
الذي يدل عليه اللفظ نية لان النية هي احضار الذي يدل عليه ذلك المعنى في النفس
الا ان يكون تلفظه باللفظ وهو ساه عن دلالته فيكون تلفظه به عبثا واما مالك
فلما كان هذا اللفظ قد يطلق على غير المعنى الشرعي راعى فيه الحال فقال ان
كانت في وثاق وادعى انه اراد حلها من الوثاق صدق ومذهب الشافعي وابي
حنيفة مبني على مذهب من يرى ان العرف الشرعي ينقل اللفظ من الدلالة
اللغوية الى ما يجري مجرى النص من الدلالة الشرعية حتى تبطل الدلالة
اللغوية التي كانت في اول الامر وهذا فيه عسر بل العرف انما ينقل الدلالة
اللغوية من الاحتمال الى الظهور لا الى ارتفاع الاحتمال واما العلة التي النص فيتبين
هذه المسئلة فانها عجيبة واذا قيل بسد الذرائع وجب ان يصدق فيما ادعى
وان لم يكن هناك قرينة حال واما المسئلة الثانية التي اختلفوا فيها فان قال
لزوجته انت طالق وادعى انه اراد بذلك اكثر من واحدة اما اثنتين واما
ثلاثا فقال مالك هو ما نوى وقد لزمه وبه قال الشافعي الا ان يقيد فيقول
طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند اصحابه واما ابو حنيفة فقال لا يقع
ثلاثا بلفظ الطلاق لان العدد لا يتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحا

كذا دائما

مسألة وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ او بالنية مع اللفظ المحتمل
فمن قال بالنية اوجب الثلاث ومن قال بالنية واللفظ المحتمل وراى ان لفظ
الطلاق يحتمل العدد ومن راى انه لا يحتمل العدد وانه لا بد من اشتراط اللفظ في
الطلاق والنية قال لا يجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي
من مسائل شروط الفاظ الطلاق اعني اشتراط النية مع اللفظ او بانفراد
احدهما والمشهور عن مالك ان الطلاق لا يقع الا باللفظ والنية وبه قال ابو
حنيفة وقد روي عنه انه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي ان لفظ
الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله انما الاعمال
بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه السلام رفع عن
امتي الخطا والنسيان وما حدثت به انفسها والنية دون قول حديث نفس
قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل الحديث المتقدم ان تكون النية
كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها
طلاقا بائنا اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل
لا يقع وهذه المسئلة من مسائل احكام صريح الفاظ الطلاق واما الفاظ
الطلاق التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي
محتملة ومذهب مالك انه اذا ادعى في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقا لم يقبل
منه الا ان يكون هنالك قرينة تدل على ذلك وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه
من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون
قال ذلك في الخلع واما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما
دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه مثل قولهم حبلك
على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم انت خلية وبرية واما مذهب
الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى ما نواه فان
كان نوى طلاقا كان طلاقا وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا او واحدة
كان واحدة ويصدق في ذلك وقول ابي حنيفة في مثل ذلك قول الشافعي

الا انه

بحث
في ذلك مثل

الا انه اذا نوى على اصله واحدة او اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت
به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينو طلاقا لم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرة
الطلاق وابو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا اربع
حبلك على غاربك واعتدي واستبرئي وتقنعي لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة
واما الفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال
عند الشافعي في الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء
وان نوى طلاقا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة اقوال قول انه يصدق بالاطلاق
وهو قول الشافعي وقول انه لا يصدق بالاطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو
قول مالك وقول انه يصدق الا ان يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول ابي حنيفة
وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها
وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى
هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم
يرد به طلاقا لان العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك ان هذه الالفاظ
انما يلفظ الناس بها غالبا والمراد بها الطلاق الا ان تكون هنالك قرينة تدل على
خلاف ذلك وانما صار الى انه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر
من هذه الالفاظ هي البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا لانه ليس هنالك
عوض فبقي ان يكون ثلاثا وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب
بان البائن يقع من دون عوض ودون عدد ان يصدق في ذلك او يكون واحدة
بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث
في صريح الفاظ الطلاق كان احرى ان يقبل قوله في كنايته لان دلالة الصريح اقوى
من دلالة الكناية ويشبه ان يقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا
بالطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم
وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى ان الطلاق في
الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة

المتقدم وصار ابو حنيفة الى انه يكون بائنا لان المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده وسبب اختلافهم
هل يقدم عرف اللفظ على النية او النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ
فهل يقتضي البينونة فقط او العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ
ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ومما اختلف فيه الصدر الاول
وفقهاء الامصار من هذا الباب اعني من جنس المسايل الداخلة في هذا الباب
لفظ التحريم اعني من قال لزوجته انت علي حرام وذلك ان مالكا قال انه يحمل
في المدخول بها على البت الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس
قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن ابي ليلى وزيد بن ثابت
وعلي من الصحابة وبه قال من اصحابه ابن الماجشون فانه قال لا ينوى في غير
المدخول ويكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال في هذه المسألة والقول
الثاني انه ان نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة بائنة
وان نوى يمينا فهي يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعي والقول الرابع
انه ينوى فيها في موضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان ما نوى
فان نوى واحدة كان رجعيا وان اراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين
وهو قول الشافعي والقول الخامس انه ينوى ايضا في الطلاق وفي العدد
فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا فهو يمين وهو مول وان
نوى الكذب فليس بشيء وهذا القول قاله ابو حنيفة واصحابه والقول
السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا ان بعضهم قال يمين
مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال
ابن عباس وقد سيل عنها لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة خرجه
البخاري ومسلم ذهبا الى الاحتجاج بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل
الله لك الاية والقول السابع ان تحريم المراة كتحريم الماء وليس فيه
كفارة ولا طلاق لقوله تعالى لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم وهو قول مسروق

بن ابي حزم وابو سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها
انها غير مغلظة بعضهم اوجب فيها الواجب في الظهار وبعضهم اوجب
فيها عتق رقبة وسبب الاختلاف هل هو يمين او كناية او ليست
يمينا ولا كناية فهذه هي اصول ما يقع من الاختلاف في الفاظ الطلاق

الفصل الثالث في الفاظ الطلاق المقيدة والطلاق المقيد لا يخلو من
قسمين اما تقييد اشتراط او تقييد استثناء والتقييد المشترط لا
يخلو ان يعلقه بمشيئة من له اختيار او من لا اختيار له او بوقوع فعل
من الافعال المستقبلة او خروج شيء مجهول العلم الى الوجود على ما
يرغبه المعلق الطلاق به مما لا يتوصل لعلمه الا بعد خروجه الى الحس
او الى الوجود او بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون
والا يكون فاما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه
بمشيئة الله او بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء
علقه على جهة الشرط مثل ان يقول انت طالق ان شاء الله او على جهة
الاستثناء مثل ان يقول انت طالق الا ان يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر
الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد وقال ابو حنيفة
والشافعي اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق وسبب الخلاف
هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال
المستقبلة او لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق
به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق
به قال يؤثر فيه واما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل
الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقع على اختيار الذي علق
الطلاق بمشيئته واما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه
خلاف في المذهب فقيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون
داخلان في هذا المعنى من شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل

عنده يقع قال يقع بهذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد
عدم هنا واما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التي تعلق
توجد على ثلاثة اضرب احدها ما يمكن ان يقع وان لا يقع على السواء كدخول
الدار وقدوم زيد فهذا يتعلق وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف
واما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزا عند مالك
ويتعلق وقوعه عند الشافعي وابي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه
بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالنكاح
الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وقتا مستباحا الى اجل قال يقع
الطلاق والثالث هو ما الاغلب منه بحسب العادة منه وقوع الشرط
وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل وبمجيء الحيض والطهر فعن مالك
روايتان عن مالك احداهما وقوع الطلاق ناجزا والاخرى وقوعه على
وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب ابي حنيفة والشافعي وبعد القول
بانجاز الطلاق في هذا يضعف لانه يشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه
قوي واما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فانه ان كان لا سبيل
الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتا بصفة
كذا فانت طالق فلا خلاف اعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا واما
ان علقه بشيء يمكن ان يخرج الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت
انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى الوجود
واما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق يقع في الحين عنده وان ولدت
انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب ان يوقف الطلاق على
خروج ذلك الشيء او ضده ومن قول مالك انه اذا اوجب الطلاق على
نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه على حنث حتى يفعل ذلك
الفعل واذا اوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال
انه على البر حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن
ذلك

اضرب

على الحنث

271

او قبل ان تنقضي عدتهن في الطلاق الرجعي وانه لا يقع على الاجنبيات
اعني الطلاق المطلق واما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج
مثل ان يقول ان نكحت فلانة فهي طالق فان للعلماء في ذلك ثلاثة
مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق بالاجنبية اصلا عم الطلاق او خص
وهو قول الشافعي واحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط
التزويج عمم المطلق جميع النساء او خصص وهو ابي حنيفة وجماعة
وقول انه ان عمم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك
واصحابه اعني مثل ان يقول كل امراة اتزوجها من قبيلة فلان او من بلد
كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك
اذا زوجن وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك
متقدما فان كان على الطلاق ام ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال
لا يتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك
فقط قال يقع واما الفرق بين التخصيص والتعميم فاستحسان مبني على
المصلحة وذلك انه اذا عمم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى
النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكانه من باب نذر المعصية
واما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا الزمناه الطلاق واحتج الشافعي
بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية اخرى لا طلاق الا فيما
يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد
الله وابن عباس وعائشة وروي مثل قول ابي حنيفة عن عمر وابن
مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عنهم

الجملة الثالثة

في الرجعة بعد الطلاق [illegible] ولما كان الطلاق على ضربين بائن
ورجعي وكانت احكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير احكام
الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب ان يكون في هذا الباب فصلان الاول

بطلاق

قول

مبحث الرجعة بعد الطلاق

في احكام الرجعة في الطلاق الرجعي الثاني في احكام الارتجاع في الطلاق

البائن الفصل الاول واجمع المسلمون على ان الزوج يملك رجعة

الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها

لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وان من شرط هذا الطلاق

تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا

هل الاشهاد شرط في صحتها ام ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح

الرجعة بالوطء فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي

الى انه واجب وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر

قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم يقتضي الوجوب وتشبيه

هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي ان لا يجب الاشهاد

فكان الجمع بين القياس والاية حمل الاية على الندب واما اختلافهم

فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط

وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا

قسمين فقوم قالوا لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة

لان الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك واما

ابو حنيفة فاجاز الرجعة بالوطء دون النية فاما الشافعي فقاس

الرجعة على النكاح وقال قد امر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا

على القول واما سبب الاختلاف بين مالك وابي حنيفة فان ابا حنيفة

يرى ان الرجعة محللة الوطء عنده قياسا على المولي منها وعلى المظاهر

ولان الملك لم ينقطع عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند

مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلا بد عنده من النية

فهذا سبب اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار

ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت في

العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر

الى شعرها

ولا ياكل معها الا ان يكون معها غيرها وحكى ابن القاسم انه رجع

عن اباحة الاكل معها وقال ابو حنيفة لا باس ان تتزين الرجعية لزوجها

وتطيب وتتشوف وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وابو يوسف

والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول او حركة

من تنحنح او خفق نعل واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته

طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها

الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد

عليها النكاح دخل بها او لم يدخل هذا قوله في الموطا وبه قال

الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه

قال الاول اولى بها الا ان يدخل الثاني وبالقول الاول قال المدنيون

من اصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبته في موطئه الى يوم مات وهو يقرا

عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطا واما

الشافعي والكوفيون وابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول

الذي ارتجعها احق بها دخل بها الثاني او لم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور

وهو مروي عن علي وهو الابين وقد روي عن عمر بن الخطاب انه قال

في هذه المسالة ان الزوج الذي ارتجعها مخير بين ان تكون امراته او ان

يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك في الرواية الاولى ما رواه ابن

وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب انه قال مضت

السنة في الذي يطلق امراته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل

فتنكح زوجا غيره انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد

قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الثاني

ان العلماء قد اجمعوا على ان الرجعة صحيحة وان لم تعلم بها المراة بدليل

انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج واذا كانت الرجعة

صحيحة كان زواج الثاني فاسدا فان نكاح الغير لا تاثير له في ابطال

ومن لم تعلم بالرجعة حتى تزوجت

الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو لا كلف ان يشاء الله ويشهد
لذا الاما اخرج الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ايما امراة تزوجها اثنان فهي للاول منهما ومن باع بيعا من
رجلين فهو للاول منهما

الفصل الثالث

والطلاق البائن اما
بدون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف وفي المختلعة باختلاف
وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق
البائن حكم ابتداء النكاح اعني في اشتراط الصداق والولي والرضا
الا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا
المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره وهولاء كانهم راوا منع
النكاح في العدة عبادة واما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم
على ان المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة
ابن سموال انه طلق امراته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم
يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة زوجها الاول ان
ان ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها
وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه
جائز لها ان ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى
حتى تنكح زوجا غيره والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء
الختانين يحلها الا الحسن البصري فقال لا تحل الا بوطء بانزال وجمهور
العلماء على ان الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل
المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين
وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذي يكون في العقد
الصحيح في غير صوم او حج او حيض او اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما
وطء زوج ذمي لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغا وخالفهما في هذا كله

الشافعي

273

الشافعي وابو حنيفة والثوري والاوزاعي فقالوا يحل الوطء وان
وقع في عقد فاسد او وقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم
يحل وكذلك وطء الذمي للذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصي
الذي بقي له ما يغيبه في الفرج والخلاف في هذا ايل الى هل يتناول
اسم النكاح اصناف الوطء الناقص ام لا يتناوله واختلفوا من هذا
الباب في نكاح المحلل اعني اذا تزوجها على الشرط ان يحلها لزوجها
الاول فقال مالك النكاح فاسد ويفسخ قبل الدخول وبعده والشرط
فاسد لا تحل به ولا يعتبر في ذلك عنده ارادة المراة التحليل وانما
يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعي وابو حنيفة النكاح جائز
ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال داود وجماعة وقالوا هو محلل للزوج
المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل اي ليس يحللها
وهو قول ابن ابي ليلى وروي عن الثوري واستدل مالك واصحابه بما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن ابي طالب وابن مسعود
وابي هريرة وعقبة ابن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم لعن الله
المحلل والمحلل له فقالوا فلعنة الله كلعنة اكلة الربا وشارب الخمر
وذلك يدل على النهي والنهي يدل على فساد المنهي واسم النكاح الشرعي
لا ينطلق على النكاح المنهي عنه واما الفريق الاخر فتعلق بعموم
قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وهذا ناكح قالوا وليس في تحريم قصد
التحليل ما يدل على ان عدمه شرط في صحة النكاح كما انه ليس النهي عن
الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على ان من شرط صحة الصلاة صحة ملك
البقعة او الاذن من مالكها في ذلك قالوا واذا لم يدل النهي على فساد
عقد النكاح فاحرى الا يدل على بطلان التحليل وانما لم يعتبر مالك
قصد المراة لانه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع
ان الطلاق ليس بيدها واختلفوا هل يهدم ما دون الثلاث فقال

ابو حنيفة يهدم وقال الشافعي ومالك لا يهدم اعني اذا تزوجت
قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل تعتد بالطلاق
الاول ام لا فمن راى ان هذا نكاح يهدم الثلاثة بالشرع فان لا يهدم
ما دون الثلاثة عنده ومن راى انه اذا هدم الثالثة فهو احرى
ان يهدم ما دونها قال يهدم ما دون الثلاث

الجملة الرابعة

وهذه الجملة فيها بابان الباب الاول في العدد الثاني في المتعة

الباب الاول

والنظر في هذا الباب في فصلين الفصل
الاول في عدد الزوجات الفصل الثاني في عدد ملك اليمين

الفصل الاول

والنظر في عدد الزوجات ينقسم الى نوعين احدهما
في معرفة العدد والثاني في معرفة احكام العدد

النوع الاول

وكل زوجة فهي اما حرة واما امة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت
فلا يخلو ان يكون مدخولا بها او غير مدخول بها فاما غير المدخول
بها فلا عدة عليها بالاجماع لقوله تعالى فما لكم عليهن من عدة
تعتدونها والمدخول بها فلا يخلو ان تكون من ذوات الحيض
او من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض اما صغار واما يائسات
وذوات الحيض اما حوامل واما حائلات جاريات على عادتهن
في الحيض واما ان تعلقت الحيض واما مستحاضات والمرتفعات
الحيض في سن الحيض اما مرتابات بالحمل اي بحس في البطن واما
غير مرتابات وغير المرتابات اما بسبب ومن بغير سبب انقطاع الحيض
من رضاع او مرض واما غير معروفة فاما ذوات الحيض الاحرار
الجاريات على حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة اقراء والحوامل
منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة اشهر
ولا خلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلاثة قروء الاية وفي قوله تعالى واللائي يئسن من

المحيض

المحيض من نسائكم الاية واختلفوا من هذه الاية في الاقراء
ما هي فقال قوم هي الاطهار اعني الازمنة التي بين الدمين وقال
قوم هي الدم نفسه وممن قال الاقراء هي الاطهار اما من فقهاء الامصار
فمالك والشافعي وجمهور اهل المدينة وابو ثور وجماعة واما من
الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان الاقراء هي الحيض
اما من فقهاء الامصار فابو حنيفة والثوري والاوزاعي وجماعة واما
من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابو موسى الاشعري و
حكى الاثرم عن احمد انه قال الاكابر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقولون الاقراء هي الحيض وحكي عن الشعبي انه قول احد عشر
او اثني عشر من الصحابة عليهم السلام واما احمد بن حنبل فاختلفت الرواية
عنه فروي عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر
وعائشة ثم توقف لانه من اجل ان قول علي وابن مسعود هو انها الحيض
والفرق بين المذهبين ان من راى انها الاطهار انها اذا دخلت الرجعية
عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن
راى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة وسبب
الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد
سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان
اسم القرء في الاية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار
قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو
الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانباري
وايضا فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء
يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث
فيما دون العشرة وقالوا ايضا ان الاشتقاق يدل على ذلك لان
القرء مشتق من قريت الماء في الحوض اي جمعته فزمان اجتماع الدم

هو زمان الطهر فهذا أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية
وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فإنهم قالوا إن قوله
تعالى ثلاثة قروء ظاهر في تمام كل قرء منها لأنه ليس ينطلق اسم القرء
على بعضه إلا تجوزا وإذا وصفت الأقراء هي الأطهار أمكن أن تكون
العدة عندهم بقرئين وبعض قرء لأنها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه
وإن مضى أكثره وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوزا
واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق إلا بأن تكون
الأقراء هي الحيض لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت في حيضة
أنها لا تعتد بها ولكلا الفريقين احتجاجات متساوية
من جهة لفظ القرء والذي رضيه الحذاق أن الآية مجملة في ذلك وأن الدليل
ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء
هي الأطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره
فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء قبل
أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا وإجماعهم
على أن طلاق السنة لا يكون إلا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه السلام
فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها دليل واضح على أن العدة هي الأطهار
لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة
أي فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض
وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم
وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالأطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض
عنها بالأيام فالحيض هو سبب العدة بالأقراء فوجب أن تكون الأقراء
هي الحيض واحتج من قال الأقراء هي الأطهار بأن قال المعتبر في براءة
الرحم هي النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى
لاعتبار الحيضة الأخيرة فإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام

أعني

أعني المشترك في الأطهار التي بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات
طويلة ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحججهم من جهة المسموع
متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون إن القروء هي
الأطهار التي تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا
إنها الحيض فقيل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه
قال الأوزاعي وقيل حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال
من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ومن الفقهاء الثوري
وإسحاق وأبو عبيدة وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في
وقتها وقيل إن للزوج عليها الرجعة وإن فرطت في الغسل
عشرين سنة حكي هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في
الحيضة الثالثة وهو أيضا شاذ فهذه هي حال الحائض التي تحيض
وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبة
حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فإنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر
فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر فإن حاضت قبل أن تستكمل
الثلاثة الأشهر اعتدت بالحيض واستقبلت انتظاره فإن مر بها
تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر فإن حاضت
قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة
فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فإن حاضت
الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت
عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل واختلف عن مالك من
متى تعتد بالتسعة فقيل من يوم طلقت وهو قوله في الموطأ
وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة
والشافعي والجمهور في التي ترفع حيضتها وهي لا تيأس منه
في المستأنف إنها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل في السن التي

رفعتها (صح)

تيئس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالاشهر او تحيض قبل ذالك
وقول مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور
قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود
انما هو ما يقع به براءة الرحم هنا غالبا بدليل انه قد تحيض الحامل
واذا كان ذالك كذالك فمدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل
هي قاطعة على ذالك ثم تعتد ثلاثة اشهر عدة اليائسة فان
حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت
بذالك القرء ثم تنتظر القرء الثاني او السنة الى ان يمضي لها ثلاثة اقراء
واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى واللائي يئسن من
المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي هي
من اهل الحيض ليست بيائسة وسبب الخلاف ان فيه عسر وحرج ولو
قيل انها تعتد ثلاثة اشهر لكان جيدا اذا فهم من اليائسة
التي لا تقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجع الى الحكم
لا الى الحيض على ما تاوله عليه مالك فكان مالكا لما فهم
من مذهبه تاويل الآية فانه فهم من اليائسة هنا من يقطع على انه
ليس من اهل المحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذالك جعل
قوله تعالى ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض اي ان شككتم
في حكمهن ثم قال والتي ترفعها حيضتها تسعة اشهر لا تحيض والتي في سن من
تحيض انها تعتد بالاشهر واما اسمعيل وابن بكير من اصحابه
فذهبوا الى ان الريبة هاهنا هي في الحيض وان اليائسة في كلام العرب
هو ما لم يحكم عليه بما ييئس منه بالقطع فطابقوا تاويل الآية
مذهبهم الذي هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم هاهنا
من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون
في هذا السن اعني سن اليأس وان فهم من اليأس ما لا يقطع بذالك

وقد

وقد يجب ان تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالاشهر
وهو قياس اهل الظاهر لان اليأس يستوي في الكل فليس هي عندهم من اهل
العدد لا بالاقراء ولا بالشهور واما الفرق في ذالك بين ما قبل التسعة او
بعدها فاستحسان واما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم من رضاع
او مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان او طال
وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها بغير سبب واما
المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت
بين الدمين ففيه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها
تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت
لها وان لم تتميز لها فبثلاثة اشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا
انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القاني من الحيضة ويكون الاصفر من ايام
الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد ايام حيضتها في صحتها وانما
ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التي لا تحيض وهي من اهل
الحيض والشافعي انما ذهب في العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها
قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة ان تترك الصلاة
ايام اقرائها فاذا ذهب قدرها فاغسلي الدم وانما اعتبر التمييز
من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش اذا كان
اذا كان دم الحيض فانه دم اسود يعرف فاذا كان ذالك فامسكي
عن الصلاة واذا كان الاخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرجه ابو
داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها اذا اختلط عليها الدم بالشهور
لانه معلوم في الاغلب ان في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة
بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفائه كارتفاعه واما المسترابة
التي تجد حسا في بطنها تظن انه حمل فيه فانها تمكث اكثر مدة الحمل
وقد اختلف فيه فقيل في المذهب اربع سنين وقيل خمس وقال

اهل الظاهر تسعة اشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل بوضع
حملهن اعني المطلقات لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن واما التي وجدت غير الحرائر فانهن ينقسمن ايضا بتلك الاقسام
بعينها اعني حيضا ويابسات ومستحاضات ومن تعذرت الحيض
من غير يابسات فاما الحيض اللاتي ياتيهن حيضهن فالجمهور على ان
عدتهن حيضتان وذهب داود واهل الظاهر الى ان عدتها ثلاث حيض
كالحرة وبه قال ابن سيرين فاهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى
والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهي ممن ينطلق عليها
اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك
انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد اعني كونه منتصفا مع الرق وانما
جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبعض واما الامة
المطلقة اليابسة من الحيض والصغيرة فان مالكا واكثر اهل
المدينة قالوا عدتها ثلاثة اشهر وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري
وابو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف عدة الحرة وهو القياس اذا
قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله فمرة اخذ بالعموم
وذلك في اليابسات ومرة اخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض
والقياس في ذلك واحد واما التي ترتفع حيضتها من غير سبب
فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة
واتفقوا على ان المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن
راجع امراته في العدة من الطلاق الرجعي ثم ان طلقها قبل
ان يمسها هل تستانف عدة ام لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستانف
العدة وقالت فرقة تبني على عدتها من طلاقها الاول وهو احد قولي
الشافعي وقال داود ليس عليها ان تتم عدتها ولا عدة مستانفة و
بالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس

ما خلا

ما خلا رجعة المولي وقال الشافعي اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء
تبنيه على عدتها الاولى وقول الشافعي اظهر وكذلك عند مالك
رجعة المعسر بالنفقة تنقض عدتها عنده على الاتفاق فان انفق صحت
الرجعة وهدمت العدة ان كان طلقها وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى
واذا الزوجة ثبت انها في العدة فعن مالك في ذلك روايتان احداهما تداخل
العدتين والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك
حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب ان تتعدد
بتعدد الوطء الذي له حرمة واذا اعتقت الامة في عدة الطلاق مضت على
عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال ابو حنيفة
تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن وقال الشافعي
تنتقل في الوجهين معا وسبب الخلاف هل العدة من احكام الزوجية
او من احكام انفصالها فمن قال من احكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها
ومن قال من احكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو عتقت وهي زوجة
ثم طلقت واما من فرق بين البائن والرجعي فبين وذلك ان الرجعي فيه شبه من
احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهي في عدة من
طلاق رجعي انها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي النظر
في العدد **القسم الثاني** واما النظر في احكام العدد فانهم
اتفقوا على ان للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى
في الرجعيات اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الاية ولقوله تعالى وان كن
اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن واختلفوا في سكنى المبتوتة
ونفقتها اذا لم تكن حاملا على ثلاثة اقوال احدها ان لها النفقة والسكنى وهو
قول الكوفيين والقول الثاني انه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول احمد وداود
وابي ثور واسحاق وجماعة والثالث ان لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول
مالك والشافعي وجماعة وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث

وفاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب
لها النفقة ولا السكنى بما روي في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت
طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيت النبي
صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفي بعض
الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما السكنى والنفقة
لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر
بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فإنهم احتجوا
بما رواه مالك في موطئه من حديثها أعني فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم
مكتوم ولم يذكر فيه إسقاط السكنى فبقي على عمومه في قوله تعالى
أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وعللوا أمره عليه السلام لها بأن
تعتد في بيت ابن أم مكتوم لأنه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا
لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى
أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وصاروا إلى وجوب النفقة لها
لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية
وبالجملة فحيث ما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة ولذلك روي
عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا لقول امرأة يريد قوله
تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولأن المعروف من سنته
عليه السلام أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى فلذلك الأولى في هذه
المسألة إما أن يقال إن لها الأمرين جميعا مصيرا إلى ظاهر الكتاب
والمعروف من السنة وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور
وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف
دليله وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة
أشياء في طلاق أو موت أو اختيار الأمة نفسها إذا عتقت واختلفوا

فيها

278

فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق
فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكر هنا فنقول إن المسلمين
اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى
يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا واختلفوا في عدة الحامل
وفي عدة الأمة وإذا لم تأت حيضتها في الأربعة الأشهر والعشر
ما إذا حكمها فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة
واحدة في هذه المدة وإن لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل
وفيه عنه أنها قد لا تحيض ولا تكون مسترابة وذلك إذا كانت عادتها
في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا إما عن وجود [illegible] من تكون عادتها
أن تحيض من أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر وأما إن شاءت ف
واختلف عنه في من هذه حاله من النساء إذا وجدت ثقلا تنتظر
حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة
ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبو حنيفة والشافعي
والثوري وأما المسألة الثانية وهي الحامل التي يتوفى
عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار عدتها أن تضع حملها
مصيرا إلى عموم قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن
وإن كانت الآية في الطلاق وأخذا أيضا بحديث أم سلمة أن سبيعة
الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حللت فانكحي من شئت وروى
مالك عن ابن عباس وابن عمر أنه آخر الأجلين يريد أنها تعتد بأبعد
الأجلين إما الحمل وإما انقضاء العدة عدة الموت وروي مثل ذلك
عن علي بن أبي طالب والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين
عموم آية الحوامل وآية الوفيات وأما الأمة المتوفى عنها زوجها
فإنها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أم ولد أو غير أم ولد

واما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قياسا على الحد وقال اهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا الى التعميم وأما ام الولد فقال مالك والشافعي واحمد والليث وابو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر قال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة اشهر وبه السكني وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة اربعة اشهر وعشر وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيها بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف فيه وحجة ابي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة امة فوجب ان تستبرئ رحمها بعدة الاحرار وأما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روي عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة ام الولد اذا توفي عنها سيدها اربعة اشهر وعشر وضعف احمد هذا الحديث ولم ياخذ به وأما من اوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها بالزوجة الامة وسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف واضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابي حنيفة

الباب الثاني في المتعة

والجمهور على ان المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من اهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض

المطلقات اختلفوا في ذلك فقال ابو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء واحتج ابو حنيفة بقوله تبارك وتعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فعلم انه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان لا تجب لها المتعة وهذا العمري محتمل لانه حيث لم يجب لها الصداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء وأما الشافعي فحمل الاوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وأما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق واهل الظاهر يقولون هو شرع متبع لها وأما مالك فانما حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في اخر الاية حقا على المحسنين اي على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد

باب في بعث الحكمين

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع الشقاق بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر اعني المحق من المبطل لقوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما

من اهله وحكما من اهلها الاية واجمعوا على ان الحكمين لا يكونان
الا من اهل الزوجين احدهما من قبل الزوج والاخر من قبل المراة الا
ان لا يوجد في اهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما واجمعوا
على ان الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما واجمعوا ان قولهما
في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين واختلفوا في تفريق
الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج
او لا يحتاج الى ذلك فقال مالك واصحابه يجوز قولهما في الفرقة
والاجتماع بغير توكيل من الزوجين ولا اذن منهما في ذلك
وقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهم ليس لهما ان يفرقا الا ان
يجعل الزوج لهما التفريق وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي ابن
ابي طالب انه قال في الحكمين اليهما الفرقة بين الزوجين والجمع
وحجة الشافعي وابي حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد احد
سوى الزوج او من يوكله الزوج واختلف اصحاب مالك في الحكمين
يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال اشهب والمغيرة
تكون ثلاثا ان طلقا ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا ان يقوم
دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وابو حنيفة بما روي في
حديث علي انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رايتما
ان تجمعا جمعتما وان رايتما ان تفرقا فرقتما فقالت المراة رضيت بكتاب
الله تعالى بما علي فيه ولي فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال علي لا
والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما اقرت به المراة قال فاعتبر في ذلك
اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق في الضرر عند

كتاب الايلاء

والاصل في هذا قوله تعالى للذين يولون
من نسائهم تربص اربعة اشهر والايلاء هو ان يحلف الرجل الا يطأ
زوجته اما مدة هي اكثر من اربعة اشهر او اربعة اشهر او

او باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء
الامصار في الايلاء في مواضع فمنها هل تطلق المراة بانقضاء الاربعة
الاشهر المضروبة بالنص للمولي ام انما تطلق بان يوقف فان فا ومنها
ان يمسك عن الوطء بغير يمين بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق
ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين ام بالايمان المباحة في الشرع فقط
ومنها ان امسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا ام لا ومنها هل
المولي هو الذي قيد يمينه بمدة اربعة اشهر فقط او اكثر من ذلك
او المولي هو الذي لم يقيد يمينه بمدة اصلا ومنها هل طلاق الايلاء
باين او رجعي ومنها ان ابى الطلاق والفيء هل يطلق القاضي عليه ام لا
ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث
في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولي ان يطاها في العدة
ام لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه حكم ايلاء الحر ام لا ومنها هل اذا طلقها
بعد انقضاء مدة الايلاء يلزمها عدة ام لا فهذه هي مسائل الخلاف
المشهورة في الايلاء بين فقهائها الامصار التي تتنزل من هذا الباب
منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم في مسالة مسالة منها وعيون
ادلتهم واسباب خلافهم على ما قصدنا **المسالة الاولى** اما اختلافهم
هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها ام لا تطلق وانما الحكم ان
يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعي واحمد وابا ثور
وداود والليث ذهبوا الى انه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر
فاما فاء واما طلق وهو قول علي وابن عمر وان كان قد روي عنهما غير
ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب ابو حنيفة واصحابه والثوري وبالجملة
الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا ان يفيء فيها
وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب الخلاف هل قوله
تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم فان فاء قبل انقضاء الاربعة الاشهر

وجملة الكوفيين

المدة

الا ربعة الاشهر

او بعدها فمن فهم منه قبل انقضا قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله
تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ان لا يفيء حتى تنقضي المدة
ومن فهم من اشتراط الفيئة اشتراط الفعل بعد انقضاء المدة قال معنى قوله
تعالى وان عزموا الطلاق اي بالفعل فان الله سميع عليم وللمالكية في الاية
اربعة ادلة احدها انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت
مدة الاجل في الديون المؤجلة الدليل الثاني ان الله اضاف الطلاق الى
فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزا اعني ليس ينسب اليه على مذهب
الحنفية الا تجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل الثالث قوله
تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فالواجب ان يقتضي وقوع
الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة الرابع ان الفاء
في قوله تعالى فان فاءوا ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على ان الفيئة
بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة واما ابو حنيفة فانه
اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة
انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعي
وشبهوا هذه المدة بالعدة وهو شبه قوي وروي ذلك عن ابن عباس

المسئلة الثانية واما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء
فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعي لا يقع الايلاء الا
المباحة في الشرع وهي اليمين بالله او بصفة من صفاته فمالك اعتمد
العموم اعني عموم قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والشافعي شبه
الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلتا اليمينين ترتب عليها
حكم شرعي فوجب ان يكون اليمين الذي ترتب عليه حكم الايلاء للزوج
اذا ترك الوطء بغير يمين هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو
الكفارة المسئلة الثالثة واما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا
ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على انه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين

ومالك

281

ومالك يلزمه ذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك
فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه
باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين او بغير يمين
لان الضرر يوجد في الحالتين جميعا المسئلة الرابعة
واما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة
الايلاء يجب ان تكون من اربعة اشهر اذ كان الفيء عنده انما هو
بعد الاربعة الاشهر واما ابو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هي
الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفيء عنده انما هو فيها وذهب الحسن
وابن ابي ليلى الى انه اذا حلف وقتا ما وان كان اقل من اربعة اشهر
كان موليا يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين
وروي عن ابن عباس ان المولي هو من حلف الا يصيب امراته على التابيد
والسبب في اختلافهم في المدة الطلاق الايلاء مبنية على اختلافهم في وقت الفيء
وصفة اليمين ومدته هو كون الاية عامة في هذه المعاني او مجملة و
كذلك اختلافهم في صفة المولي والمولى منها ونوع من الطلاق على مسئلة
سيأتي بعد واما سوى ذلك فسبب اختلافهم هو سبب السكوت
عنها وهذه هي اركان الايلاء اعني معرفة نوع اليمين ووقت الفيء والمدة
وصفة المولي والمولى منها ونوع الطلاق ونوع الطلاق الواقع فيه
المسئلة الخامسة واما الطلاق الذي يقع بالايلاء فعند مالك
والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يحمل
على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة
وابو ثور هو بائن والقول ذلك انه ان كان رجعيا لم يزل الضرر عنها
بذلك لانه يجبرها على الرجعة فسبب الاختلاف معارضة المصلحة
المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعي
ومن غلب المصلحة قال بائن المسئلة السادسة

الا ربعة الاشهر

كل

تنبيه المصلحة العامة

وأما هل يطلق القاضي إذا أبى الفيء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق فإن
مالكا قال يطلق القاضي عليه وقال أهل الظاهر يحبس حتى يطلقها
بنفسه وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف في الطلاق فمن راعى الأصل
المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق إلا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من ذلك
على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف
بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك. المسألة
السابعة وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها فإن مالكا يقول
إذا راجعها فلم يطأها تكرر الإيلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعي
والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولي
الشافعي وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة العلماء على أن
الإيلاء لا يتكرر بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين والسبب في اختلافهم
معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء وذلك أنه لا إيلاء في الشرع إلا حيث
يكون يمين في ذلك النكاح بعينه لا في نكاح آخر ولكن إن اعتبرنا
هذا وجد الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء ولذلك رأى مالك أنه
يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء. المسألة
الثامنة وأما هل يلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس يلزمها
فإن الجمهور على أن العدة تلزمها وقال جابر بن زيد وابن عباس وحجته
أن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة
وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات وسبب
الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير
عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة. المسألة
التاسعة وأما إيلاء العبيد فإن مالكا قال إيلاء العبد
شهران على النصف من إيلاء الحر قياسا على حدوده وطلاقه وقال
الشافعي وأهل الظاهر إيلاؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكا

بالعموم

بالعموم وأهل الظاهر وإن تعلق الإيمان بالحر والعبد سواء والإيلاء
بين وقياسا أيضا على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص
الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فإن كانت
المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر وإن كان الزوج عبدا وإن كانت
أمة فعلى النصف وقياس من قاس الإيلاء على الحد غير جيد وذلك أن العبد
إنما كان حده أقل من حد الحر لأن الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر
أعظم قبحا ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعا بين التوسعة على
الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة فإذا فرضناه أنقص من هذه
كان أضيق على الزوج وإنما النظر عن الزوجة والحر أحق
بالتوسعة ونفي الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس
ألا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط
وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق
في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء هل ينتقل إلى
إيلاء الأحرار أو لا فقال مالك لا ينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء
الأحرار وقال ابن القاسم وأبو حنيفة ينتقل بمعنى أن الأمة
إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار
وقال ابن القاسم الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا إيلاء عليها فإن
وقع وتمادى حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغت وإنما
قال ذلك لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع وقال أيضا لا إيلاء
على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع. المسألة العاشرة
وأما هل من شرط رجعة المولي أن يطأ في العدة أم لا فإن الجمهور
ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فإنه إذا لم يطأ
فيها من غير عذر من مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له
عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له إليها إذا انقضت العدة

وحجة الجمهور انه لا يخلو ان يكون الايلاء يعود برجعته ايلاء ساعة الرجعة
او لا يعود فان عاد لم يعتبر واستونف الايلاء من وقت الرجعة
اعني يحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر
اصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان
فلا بد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة واما مالك فانه
قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه
بزوال ذلك الضرر واصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان
رجعته يعتبر صحتها بيساره فسبب الخلاف فيما من الشبه وذلك
ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح اوجب فيها تجديد الايلاء ومن شبه
هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال
يفل على الباطل

كتاب الظهار

والاصل في الظهار الكتاب
والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا الاية واما
السنة فحديث خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي
أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه
ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما برحت
حتى انزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الاية
فقال ليعتق رقبة فقالت لا يجد قال فليصم شهرين متتابعين
قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم
ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فانا
سأعينه بعرق من تمر قالت وانا اعينه بعرق اخر قال قد احسنت
اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا خرجه ابو داود وحديث
سلمة بن صخر البياضي عن النبي عليه السلام والكلام في اصول
الظهار ينحصر في سبعة فصول منها في الفاظ الظهار ومنها

في شرطه

في شروط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها فيما يحرم
على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ومنها هل يدخل
الايلاء عليه ومنها القول في احكام كفارة الظهار

الفصل الاول

واتفق جمهور الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته انت علي كظهر امي
انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر او ذكر ظهر من تحرم عليه
من المحرمات النكاح على التأبيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال
جماعة من العلماء لا يكون ظهارا الا بلفظ الام وقال ابو حنيفة يكون
بكل عضو يحرم النظر اليه وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر
وذلك ان معنى التحريم تستوي فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره
من الاعضاء واما الظاهر من الشرع فانه يقتضي الا يسمى ظهارا الا ما
ذكر فيه الظهر والام واما اذا قال هي علي كامي ولم يذكر الظهر فقال
ابو حنيفة والشافعي ينوي في ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال
لها او عظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار واما من شبه زوجته
باجنبية لا تحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن
الماجشون ليس بظهار وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة
بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم

الفصل الثاني

واما شروط وجوب الكفارة فيه فان الجمهور على انها
لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود
ودليل الجمهور قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون
لما قالوا فتحرير رقبة وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة
بالعود وايضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في اليمين
فكما ان الكفارة تلزم بالمخالفة او بارادة المخالفة كذلك الامر
في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا
فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل

والعكس وايضا فانهم قالوا انه ان كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه
بالكفارة ومعنى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا والعود عندهم
هو العود في الاسلام واما القائلون باشتراط العود في ايجاب
الكفارة فانهم اختلفوا فيه ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات
احداهن ان العود هو ان يعزم على امساكها ووطئها معا والثانية
ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند اصحابه
وبه قال ابو حنيفة واحمد والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء
وهي اضعف الروايات عند اصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك
نفسه قال ومتى مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه فلم يطلق ثبت انه
عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكن ان يطلق فيه من غير
ان يطلق تقوم مقام الامساك ارادة منه وهو دليل على ذلك
وقال داود واهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية
فمتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية
المشهورة لمالك تنبني على اصلين احدهما ان المفهوم من الظهار
هو ان وجوب الكفارة فيه انما تكون بارادة العودة الى ما حرم على
نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون
العودة هي اما الوطء نفسه واما العزم عليه وارادته والاصل
الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى
في الاية فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ولذلك كان الوطء محرما
حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه
يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالمعول عليه
في هذه المسئلة هو الذي يبدو الترجيح من العلماء بطريق السبر والتقسيم
وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود
او الوطء نفسه او الامساك نفسه او ارادة الوطء ولا يكون تكرار

اللفظ

ب يكرر

اللفظ لان ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الا
مساك فان الامساك موجود بعد فقد نفي ان يكون ارادة الوطء وان
كان ارادة الامساك للوطء فقد اراد الوطء فثبت ان العود هو
الوطء ومعتمد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك او الامساك
مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء
شبيها بالشيء وجعلوا حكمهما واحدا وهو قريب من الرواية الثا
نية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في
وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق
اثر الظهار ولهذا احتج مالك في الرواية الواحدة فجعل العود هو
ارادة الامرين جميعا الوطء والامساك واما ان يكون العود
الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار
باليمين اي كما ان كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر هاهنا
وهو قياس من شبه عارض النص واما داود فانه تعلق بظاهر
اللفظ في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا وذلك يقتضي الرجوع
الى القول نفسه وعند ابي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم
من كلامهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان المعنى في الاية
ثم يعودون فيما قالوا وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة
الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء
او الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا
بمعنى الفاء واما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة تكرار اللفظ
وان العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التي كانت منهم
في الجاهلية ومن تأول احد هذين فانما شبه له ان حقيقة نفس
الظهار توجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا ان يقول في الاية
محذوفا وهو ارادة الامساك فمنها اذا ثلاث مذاهب اما ان تكون

ب لمفارهم

العودة هي تكرار اللفظ، وإما أن تكون إرادة الإمساك، وإما أن تكون العودة التي هي في الإسلام، وهذان ينقسمان قسمين أعني الأول والثاني: أحدهما أن يقدر في الآية محذوفا وهو إرادة الإمساك فتشترط هذه الإرادة في وجوب الكفارة، وأما الآخر فيقدر فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظهار. واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو هل إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو ماتت عنه هل تكون عليه كفارة أم لا؟ فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو بعد زمان الحول بل على ما يراه الشافعي، وحكي عن عثمان البتي أن عليه الكفارة بعد الطلاق، وأنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى ميراثها إلا بعد الكفارة، وهذا شاذ مخالف للنص والله أعلم.

الفصل الثالث

واتفقوا على أنه يلزم الظهار من الزوجة التي في العصمة، واختلفوا في الظهار من المختلعة ومن التي في غير العصمة، وكذلك اختلفوا في ظهار السرية ممن أن حل. فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثوري وجماعة الفقهاء: يلزم منها الظهار كلزوم الظهار من الزوجة الحرة، وكذلك المدبرة وأم الولد. وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور: لا ظهار من أمة. وقال الأوزاعي: إن كان يطأ أمته فهو منها مظاهر، وإن لم يكن يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين. وقال عطاء: هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة. فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى: والذين يظاهرون من نسائهم، والإماء من النساء. وحجة من لم يجعله ظهارا أنهم قد أجمعوا أن النساء في قوله تعالى: للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، هن ذوات الأزواج، فكذلك اسم النساء في آية الظهار. فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم، أعني تشبيه الظهار بالإيلاء، وعموم لفظ النساء، أعني أن عموم اللفظ يقتضي دخول الإماء في الظهار، وتشبيههم بالإيلاء يقتضي خروجهن من الظهار. وأما

هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا؟ فمذهب مالك أنه ليس من شرطه، وأن من ظاهر امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها، وكذلك إن لم يعين وقال: كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي، وذلك خلاف قوله في الطلاق. وبقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي. وقال قوم: لا يلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل، وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود. وفرق قوم فقالوا: إن أطلق لم يلزمه ظهار، وهو أن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي، وإن قيد لزمه، وهو أن يقول: إن تزوجت فلانة، أو يسمي قرية أو قبيلة. وقيل إن هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي. ودليل الفريق الأول قوله تعالى: أوفوا بالعقود، ولأنه عقد على شرط الملك فأشبه الملك، والمؤمنون عند شروطهم، وهو قول عمر. وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا وفاء بنذر إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، خرجه أبو داود والترمذي. والظهار شبيه بالطلاق، وهو قول ابن عباس. وأما الذين فرقوا بين التعيين والتعميم فلأنهم رأوا أن التعميم في الظهار من باب الحرج، وقد قال تعالى: وما جعل عليكم في الدين من حرج. واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل؟ فلبعض العلماء في ذلك ثلاثة أقوال: أشهرها أنه لا يكون منها ظهار، وهو قول مالك والشافعي، والثاني عليها كفارة يمين، والثالث أن عليها كفارة الظهار. فمعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق، ومن ألزم الزوجة الظهار فتشبيها للظهار باليمين، ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم في ذلك هو كفارة يمين، وهو ضعيف. فسبب الخلاف تعارض الأشباه في هذا المعنى.

الفصل الرابع

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء، واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر على لذة.

فمذهب مالك انه يحرم الجماع وجميع انواع الاستمتاع بما دون الجماع
من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها
وكفيها من سائر بدنها وشعرها وبه قال ابو حنيفة الا انه
انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء
في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري واحمد
وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى من قبل ان يتماسا وظاهر
لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه ايضا لفظ حرمها به
عليه فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المماسة هنا
كناية عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت
على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها اما ان تدل على المباشرة
دون الجماع وهي الدلالة الحقيقية واما الا تدل وهي الدلالة المجازية
لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ
لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا قلت الذين يجوزون ان اللفظ
المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن
المعنيين جميعا اعني الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة العرب
ولذلك القول به في غاية الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفا لجاز
وايضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب ان يختص بالفرج

الفصل الخامس واما تكرر الظهار بعد الطلاق اعني اذا طلقها
بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يتكرر الظهار فلا يحل له
المسيس حتى يكفر ففيه خلاف فقال مالك ان طلقها دون الثلاث
ثم راجعها في العدة او بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي
ان راجعها في العدة فلا كفارة عليه وعنه قول اخر مثل قول
مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث او
بعد واحدة وهذه المسألة شبيهة بمن حلف بالطلاق ثم طلق

عليه ع

غير ع

ثم راجع

ثم راجع هل تبقى تلك اليمين عليه ام لا وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع
جميع احكام الزوجية ويهدمها او لا يهدمها فمنهم من راى ان الهادم انما
هو الثلاث يهدم وان ما دون الثلاث لا يهدم ومنهم من راى ان الطلاق
كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم

الفصل السادس واما هل يدخل الايلاء على الظهار
اذا كان مضارا وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه ايضا
اختلافا فابو حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحكمان لان
حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضارا او
او لم يكن وبه قال الاوزاعي واحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء
على الظهار بشرط ان يكون مضارا وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار
وتبين منه بانقضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة
اقوال قول انه يدخل باطلاق وقول انه لا يدخل باطلاق وقول انه
يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة معارضة
المعنى واتباع الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى
قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر **الفصل السابع** والنظر
في كفارة الظهار في اشياء منها في عدد انواع الكفارة وترتيبها وشروط
نوع نوع منها اعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى
تجب اكثر من واحدة فاما انواعها فانهم اجمعوا على انها ثلاثة انواع
اعتاق او صيام شهرين او اطعام ستين مسكينا وانها على
الترتيب فالاعتاق اولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام
هذا في الحر واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق وبالاطعام بعد
اتفاقهم ان الذي يبدا به الصيام اعني اذا عجز عن الصيام فهل يجزي
للعبد العتق ان اذن له سيده ابو ثور وداود وابى ذلك سائر

العلماء. وأما الإطعام فإن جاز له مالك أن يطعم بإذن سيده، ولم يجز
ذلك أبو حنيفة والشافعي. ومبنى الخلاف في هذه المسألة هل يملك
العبد أو لا يملك. وأما اختلافهم في الشروط المصححة فمنها اختلافهم
إذا وطئ في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا؟ فقال مالك
وأبو حنيفة يستأنف الصيام، إلا أن أبا حنيفة يشترط في ذلك العمد، ولم
يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان. وقال الشافعي لا يستأنف
على حال. وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط
الذي ورد في كفارة الظهار أعني أن يكون قبل المسيس، فمن اعتبر هذا
الشرط قال يستأنف الصوم، ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف
لأن الكفارة في اليمين مع الحنث بعد وقوعه بالاتفاق. ومنها هل
من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا؟ فذهب مالك والشافعي إلى أن
ذلك شرط في الإجزاء، وقال أبو حنيفة يجزئ في ذلك رقبة الكافر
ولا يجزئ عندهم الوثنية ولا المرتدة. دليل الفريق الأول أنه إعتاق
على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الإعتاق في كفارة
القتل، وربما قالوا إن هذا ليس من باب القياس وإنما هو من باب
حمل المطلق على المقيد بغير خلاف، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان في
كفارة القتل وأطلقها في الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيد، وهذا
النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف، والحنفية لا يجيزونه وذلك
أن الأسباب في القضيتين مختلفة. وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم
ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد، فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه.
ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب
أم لا؟ ثم إن كانت سليمة من العيوب تشترط سلامتها، فالذي عليه الجمهور
أن للعيوب تأثيرا في منع إجزاء العتق، وذهب قوم إلى أنه ليس لها

تأثير

تأثير في ذلك. وحجة الجمهور تشبيهها بالضحايا والهدايا لكون
القربة تجمعهما. وحجة الفريق الثاني إطلاق اللفظ في الآية. وسبب
الخلاف معارضة الإطلاق لقياس الشبه، والذين قالوا إن للعيوب
تأثيرا في منع الإجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الإجزاء
وعدمه، أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم
أنه مانع للإجزاء. واختلفوا فيما دون ذلك مثل هل يجوز أقطع
اليد الواحدة، أجازه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي. وأما
الأعور فقال مالك لا يجزئ، وقال عبد الملك يجزئ. وأما أقطع الأذنين
فقال مالك لا يجزئ، وقال أصحاب الشافعي يجزئ. وأما الأصم فاختلف
فيه مذهب مالك فقيل يجزئ وقيل لا يجزئ. وأما الأخرس فلا يجزئ
عند مالك، وعن الشافعي في ذلك قولان. وأما المجنون فلا يجزئ. وأما
الخصي فقال ابن القاسم لا يعجبني الخصي، وقال غيره لا يجزئ، وقال
الشافعي يجزئ. وإعتاق الصغير جائز في قول عامة فقهاء
الأمصار، وحكي عن بعض المتقدمين فيه منعه. والعرج الخفيف في المذهب
يجزئ، وأما البين العرج فلا. والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر
النقص المؤثر في القربة وليس له أصل في الشرع إلا الضحايا. وكذلك
لا يجزئ في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة، والتحرير هو ابتداء الإعتاق، وإذا
كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزا لا إعتاقا
وكذلك الشركة لأن بعض الرقبة ليس برقبة. وقال أبو حنيفة إن كان
المكاتب أدى شيئا من الكتابة لم يجز، وإن كان لم يؤد جاز. واختلفوا
هل يجزيه عتق مدبر، فقال مالك لا يجزيه تشبيها بالكتابة
لأنه عقد ليس له حله، وقال الشافعي يجزيه. ولا يجوز عند مالك
إعتاق أم الولد ولا المعتق إلى أجل مسمى، أما عتق أم الولد

فلان عقد بلا اكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرءا عليهما
الفسخ اما في الكتابة فمن العجز عن اداء النجوم واما في التدبير فاذا
ضاق عنه الثلث واما العتق الى اجل فانه في عتق لا سبيل الى حله
واختلف مالك والشافعي مع ابي حنيفة في اجزاء عتق من يعتق
عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يجزئ عنه وقال ابو حنيفة
اذا نوى به عتقه عن كفارته اجزا فابو حنيفة شبهه بالرقبة التي
لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها
وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز
والمالكية والشافعية رات انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه
من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فابو حنيفة اقام القصد للشراء
مقام العتق وهولاء قالوا الابدان يكون قاصدا للعتق نفسه فكلاهما
يسمى معتقا باختياره لكن احدهما معتق بالاختيار الاول والاخر
معتق باللازم للاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ويشترط
على القصد الاول والاخر بالعكس واختلف مالك والشافعي فيمن اعتق
نصفي عبدين فقال مالك لا يجوز ذلك وقال الشافعي يجوز لانه
في معنى الواحد ومالك تمسك في ذلك بظاهر اللفظ فهذا ما اختلفوا
فيه من شروط الرقبة واما الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك
في القدر الذي يجزئ لمسكين مسكين من الستين مسكينا الذي وقع
عليهم النص فعن مالك في ذلك روايتان اشهرهما ان ذلك
مد بمد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي
صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو اقل وقيل هو
مد وثلث واما الرواية الثانية فمد مد
لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه
وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار

الشبع

الشبع غالبا في الغداء والعشاء ووجه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة
بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه
الكفارة واما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها
اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة اكثر من واحدة هل يجزيه في ذلك
كفارة واحدة ام تكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك
انه يجزي في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وابي حنيفة ان فيها من الكفارات
بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاث وان اربعا فاربع
فمن شبهه بالطلاق اوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء اوجب فيه
كفارة واحدة وهو بالايلاء اشبه ومنها اذا ظاهر من امراته في مجالس شتى
هل عليه كفارة واحدة او على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه
الا كفارة واحدة الا ان يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه
قال الاوزاعي واحمد واسحاق وقال ابو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة
واما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة
وعند ابي حنيفة والشافعي ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التاكيد كانت
الكفارة واحدة وان اراد استيناف الظهار كان ما اراد ولزمه من الكفارات
على عدد الظهار وقال يحيى ابن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء
كان في مجلس واحد او في مجالس شتى والسبب في هذا الاختلاف ان الظهار
الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امراة واحدة والمتعدد
بالخلاف هو الذي يكون بلفظين من امراتين او وقتين فان كرر اللفظ في امراة
واحدة فهل يوجب اللفظ تعدد الظهار ام لا يوجب ذلك فيه
تردد وكذلك ان كان اللفظ واحدا والمظاهر منها اكثر من واحدة
وذلك انه بمنزلة المتوسطة بين ذلك الطرفين فمن غلب عليها
شبه الطرف الواحد اوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف
الثاني اوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امراته ثم مسها قبل ان يكفر

هل عليه كفارة واحدة ام لا فقال اكثر فقهاء الامصار مالك وابو حنيفة والشافعي
والثوري والاوزاعي واحمد واسحق وابو ثور وداود والطبري وابو عبيدة
ان عليه كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي انه
ظاهر من امراته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامراته قبل
ان يكفر فاتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فامره ان يكفر
تكفيرا واحدا وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء
وكفارة الوطء لانه وطئ وطئا محرما وهو مروي عن عمرو بن العاص
وقبيصة ابن ذويب وسعيد ابن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه
شيء لا عن العود ولا عن الوطء لان الله اشترط الكفارة قبل
المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بامر مجدد
وذلك معدوم فيه فيما احسب وفيه شذوذ وقال ابو محمد
بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس
قبل الاطعام وانما يحرم على من كان فرضه العتق او الصيام

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول
بعد القول بوجوبه الفصل الاول في انواع الدعاوى الموجبة
له وشروطها الفصل الثاني في صفة المتلاعنين الثالث في صفة
اللعان الرابع في حكم نكول احدهما او رجوعه الخامس في الاحكام
اللازمة لتمام اللعان فاما الاصل في وجوب اللعان فالكتاب
فقوله تبارك وتعالى والذين يرمون ازواجهم الاية واما من
السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث
عويمر العجلاني انه جاء الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له
يا عاصم ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف
يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عاصم
عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله

جاء

289

جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال عاصم لم تاتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم
المسالة التي سالت عنها رسول فقال والله لا انتهي حتى اسأله
عنها فاقبل عويمر حتى اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط
الناس فقال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله
فتقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل
فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فات بها قال سهل فتلاعنا
وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا
من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها
فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
مالك قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين وايضا من طريق
المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة
الى طريق ينفونه اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان فاللعان
حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك
اعلمه فهذا هو القول في اثبات حكمه

الفصل الاول

واما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي اولا صورتان احداهما
دعوى الزنا والثانية نفي الحمل ودعوى الزنا لا يخلو ان يكون
مشاهدة اعني ان يدعي انه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد على
الزنا او تكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو ان ينفيه
نفيا مطلقا او يزعم انه لم يقربها بعد استبراء بمدة اربعة احوال
فمسائلها وسائر الدعوى تتركب عن هذه ومثل ان يدعي بالزنا
وينفي الحمل او يثبت الحمل ويدعي بالزنا فاما وجوب اللعان
بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه فقالت المالكية اذا زعم
انه لم يمسها بعد واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور

الدعاوي

على جواز ذلك الشافعي وابو حنيفة والثوري واحمد وداود وغيرهم
واما المشهور عند مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف
وقد قال ابن القاسم انه يجوز وهي ايضا رواية عن مالك وحجة
الجمهور قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الاية ولم يخص رميا بالزنا
صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر
الاحاديث الواردة في ذلك منها قوله في حديث سعد ان رايت
رجلا وجد مع امراته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رايت بعيني وسمعت
باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه
فنزلت والذين يرمون ازواجهم الاية وايضا فان الدعوى يجب ان
تكون ببينة كالشهادة وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك
وهو اذا نفى حملا بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايتان احدهما
سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به واتفقوا فيما احسب ان من شرط
الدعوى الموجبة للعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا
فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما
لعان ام لا فقال الشافعي والاوزاعي وجماعة بينهما اللعان وقال
ابو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفي ولدا ولا حد وقال مكحول
والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن واما نفي الحمل فانه كما قلنا على
وجهين احدهما ان يدعي استبراء لم يطأها بعده استبراء وهذا
مما لا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث
حيض وقال مرة حيضة واما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك
انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي واحمد وداود
وقالوا لا معنى لهذا لان المراة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب
عن اصحاب الشافعي انه لا يجوز نفي الحمل مطلقا من غير قذف واختلفوا

وهذا الباب في فرع وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور ينفيه وهو حامل
وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة
باللعان وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فامكنه الحاكم من اللعان
فلم يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة
ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له
ان ينفيه ما بين ان يجيء ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان
في وقت الحمل اتفقوا ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه
بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد
فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع
سنين عنده او خمس وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق اذا
لم يكن منكرا له ونحو من هذا المعنى قال الشافعي وقال قوم
ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حد
ولحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء اطول مدة الحمل
على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية تري ان اقصى مدة الحمل التي
يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة الاشهر او ما قاربها
ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به في مدة العصمة فما زاد على اقل
مدة الحمل وهي الستة الاشهر اعني ان يولد المولود ستة اشهر من وقت
الدخول او مكانه لا من وقت العقد وشذ ابو حنيفة فقال من وقت العقد
وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى
امراة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لراس ستة اشهر من وقت العقد
انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة كالظاهري محض
لانه انما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر
الحجر والمراة قد صارت فراشا له بالعقد فكانه راى ان هذه عبادة
غير معللة وذلك شيء ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب

في فرع وهو اذا ادعى انها زنت واعتبر بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات
احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن والثانية ان لا يلاعن
وينتفي الولد والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرا الحد
عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه
وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام
الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا
يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية وقال مالك والشافعي
يلاعن لان الشهود لا تاثير لهم في دفع الفراش

الفصل الثاني

واما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين
حرين كانا او عبدين او احدهما عبدا والاخر حرا محدودين كانا
او غير محدودين او احدهما مسلمين كانا او كان الزوج مسلما والزوجة
كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يترافعا الينا وممن قال بهذا
القول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه لا لعان الا بين مسلمين
حرين غير محدودين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من اهل الشهادة
وحجة اصحاب القول الاول عموم قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ولم يشترط في ذلك شيئا ومعتمد الحنفية
ان اللعان شهادة فيشترط فيهما ما يشترط في الشهادة انه قد سماهم
الله شهداء بقوله فشهادة احدهم اربع شهادات بالله ويقولون
انه لا يكون لعان الا بين من تجب عليه حد في القذف الواقع بينهما
وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من
يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع
لدرء الموضع نفي النسب وربما احتجوا بما روي عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان

بين اربعة العبديين والكافرين والجمهور يرون انه يمين وان كان
يسمى شهادة فان احدا لا يشهد لنفسه واما ان الشهادة قد يعني بها اليمين
فذلك بين في قوله تعالى اذا جاءك المنافقون الاية ثم قال اتخذوا ايمانهم
جنة واجمعوا على جواز لعان الاعمى واختلفوا في الاخرس فقال مالك
والشافعي يلاعن الاخرس اذا افهم عنه وقال ابو حنيفة لا يلاعن لانه
ليس من اهل الشهادة واجمعوا على ان من شرطه العقل والبلوغ

الفصل الثالث

واما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء
وليس بينهم كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه الالفاظ الاية فيحلف
الزوج اربع شهادات لقد رايتها تزني او ان ذلك الحمل ليس مني ويقول في
الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هي اربع شهادات
بالله بنقيض ما شهد به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف
الناس هل يجوز ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة
ومكان اشهد اقسم ومكان قوله بالله غيره من اسمائه والجمهور على انه
لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ لا اعلم عدد الشهادات
واجمعوا على ان من سنته ان يكون بحكم حاكم

الفصل الرابع

فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال ابو حنيفة
لا يحد ويحبس وحجة الجمهور قوله والذين يرمون المحصنات الاية وهذا
عام في الاجنبي والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود
فوجب اذا نكل بمنزلة ان يكون من قذف ولم يكن له شهود اعني انه
يحد وما جاء ايضا من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله
عليه السلام ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت
على غيظ واحتج العراقيون الثاني بان اية اللعان لم تتضمن ايجاب
الحد عليه عند النكول وللتعرض لايجابه زيادة في النص والزيادة
عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد

ب النسخ

قالوا وايضا الموجب للحد ينبغي ان يرفعه الالتعان ولا كان له تاثير في اسقاطه
لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبي فكذلك الزوج والحنفية
ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب ان يكون لها حكم مخصوص وقد
نص على المراة ان اليمين يدرا عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب
الذي يدرا عنها باليمين وللاشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا ايضا
في الواجب عليها اذا نكلت فقال مالك والشافعي واحمد والجمهور
انها تحد وحدها الرجم ان كان مدخولا بها ووجدت فيها شروط الاحصان
وان لم يكن مدخولا بها فالجلد وقال ابو حنيفة اذا نكلت وجب عليها
الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم
الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان او كفر بعد ايمان او قتل نفس بغير
نفس وايضا فان سفك الدم بالنكول حكم ترده الاصول فانه
اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فاحرى
ان لا يجب بذلك سفك الدم وبالجملة فتقل عثرة الدم مبناها في الشرع
على انه لا تراق الا بالبينة العادلة او بالاعتراف ومن الواجب
ان لا يخصص هذا الاصل العام باسم المشترك فابو حنيفة في هذه
المسالة اولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف ابو المعالي في
كتابه البرهان بقوة ابي حنيفة في هذه المسالة وهو شافعي
واتفقوا على انه اذا اكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان نفى
ولدا واختلفوا هل له ان يراجعها بعد التلاعن فجمهورهم على ان
الفرقة تجب باللعان اما بنفسه واما بحكم حاكم على ما نقوله
بعد فقال مالك والشافعي والثوري وداود واحمد وجمهور
فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان ابدا وان اكذب نفسه وقال ابو
حنيفة وجماعة اذا اكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب
وقال قوم ترد اليه امراته وحجة الفريق الاول انه قول رسول

الله

الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولم يستثن فاطلق التحريم و
حجة الفريق الثاني انه اذا اكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما
يلحق به الولد كذلك ترد المراة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم
انما هو الجهل بتعيين صدق احدهما مع القطع ان احدهما كاذب فاذا
انكشف ارتفع التحريم **الفصل الخامس** واما موجبات اللعان
فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسايل منها هل تجب الفرقة اولا وان
وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان ام بحكم حاكم واذا وقعت
فهل هي طلاق او فسخ فذهب الجمهور الى ان الفرقة تقع باللعان لما اشتهر
من ذلك في احاديث اللعان من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما
وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله
صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطايفة من
اهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم
تتضمنه اية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور
انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وايضا
فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريما تشبيها
بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض
والتهاتر وابطال حدود الله ما اوجب ان لا يجتمعا بعدها ابدا وذلك
ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهولاء قد عدموا ذلك
كل العدم ولا اقل من ان تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح
الذي بينهما غاية القبح واما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث
وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعا من اللعان وقال الشافعي
اذا اكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال ابو حنيفة لا تقع
الا بحكم حاكم وبه قال الثوري واحمد وحجة مالك عن الشافعي
حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين

وقال حسابكما على الله احدكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روي انه
لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي ان لعانها انما
تدرا به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب
فوجب ان كان للعان تاثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيها
بالطلاق وحجتهما جميعا على ابي حنيفة ان النبي صلى الله عليه وسلم
اخبرها بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما قبل ذلك على ان
اللعان هو سبب الفرقة واما ابو حنيفة فيرى ان الفراق انما
تقع بحكمه وامره صلى الله عليه وسلم بذلك في قوله لا سبيل لك عليها
فراى حكمه شرطا في وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط في صحة اللعان
فسبب الخلاف بين من راى انه تقع به الفرقة ولم يرد الا ان تعريف
النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا بيانا اعني متفقا عليه
فمن غلب هذا الا ما دل على العموم لاحتماله نفي الفرقة ووجوده قال
بايجابها واما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم او لم يشترطه
فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه من الاحكام التي تشترط
في صحتها حكم الحاكم او التي لا يشترط ذلك فيها واما المسالة الرابعة
وهي اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ او طلاق فان القائلين بالفرقة
اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال ابو حنيفة
هو طلاق بائن وحجة مالك تابيد التحريم فاشبهت ذات المحرم
واما ابو حنيفة فشبهها بالطلاق قياسا على فرقة العنين اذا
كانت عنده بحكم حاكم

كتاب الاحداد

اجمع المسلمون
على ان الاحداد واجب على النساء الحراير المسلمات في عدة الوفاة الا
الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى
عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع فقال مالك
الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة والامة

المزوجة

المزوجة واما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت ام ولد او لم تكن
فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك
المشهور في الكتابية ابن نافع واشهب ورواه عن مالك وبه قال الشافعي
انه لا احداد على الكتابية وقال ابو حنيفة ليس على الصغيرة ولا
الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكي
في الامة عن ابي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليها احداد
من اصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد واما اختلافهم من قبل
العدد فان مالكا قال لا احداد الا في عدة الوفاة وقال ابو حنيفة
والثوري الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب واما الشافعي
فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه واما الفصل الثالث وهو ما يمتنع

فقـ

الحاد منه فانها تمتنع عند الفقهاء من الزينة الداعية الرجال الى
النساء وذلك كالحلي والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب
المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها ورخص كلهم في الكحل
عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم تكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه
وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فاقاويل الفقهاء
فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار
الجمهور الى ايجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم فمنها حديث ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان امراة
جاءت اليه عليه السلام فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها
وقد اشتكت عينيها افتكحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا
مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت
احداكن ترمي بالبعرة على راس الحول قال ابو محمد فعلى هذا القول الحديث
يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد واما حديث ام حبيبة
حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت ما لي به من حاجة غير اني

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن
بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة
اشهر وعشرا فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى
الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قلت
وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين اعنى هل يقتضى الو
جوب او الاباحة وسبب الخلاف بين من اوجبه على المسلمة دون الكافرة
ان من راوا الاحداد عبادة تلزمه الكافرة ومن راى انه معنى معقول
وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة
ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة
اذ الكانت الصغيرة لا يتشوف اليها الرجال ومن حجة من اوجبه على المسلمات
دون الكافرات قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر
ان تحد الا على زوج قال وهذا الشرط لا بيان به الاحداد يقتضى انه عبادة واما
من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة
اوجبت شيئين احدهما الاحداد والثاني ترك الخروج فلما
سقط ترك الخروج عن الامة بتعيد لها والحاجة الى استخدامها سقط عنها
مع الزينة واختلافهم في المكاتبة من قبل ترددها بين الحرة والامة واما
الامة بملك اليمين وام الولد ففقهاء الامصار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنهما
لقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج
فعلق بدليل الخطاب ان ما عداه لا يجب عليها احداد ومن اوجبه
على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلقا بالظاهر المنطوق
به ومن الحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى
وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به
ان لا يتشوف اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي وذلك
سد ذريعة لمكان حفظ الانساب تم كتاب الطلاق

بحمد الله وحسن عونه

كتاب البيوع

من يلزمه الكافرة

منع

الزوج

كتاب البيوع الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل في معرفة انواعها وفي معرفة
شروطها الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة احكام
البيوع الصحيحة وفي معرفة احكام البيوع الفاسدة فنذكر انواع البيوع
المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها واحكام البيوع
الصحيحة واحكام البيوع الفاسدة ولما كانت اسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع
انواع البيوع او لاكثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في احكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي
ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة اعنى العام من اسباب الفساد واسباب الصحة واحكام
الصحة واحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم
هذا الكتاب بالاضطرار الى ستة اجزاء الجزء الاول يعرف فيه انواع البيوع المطلقة الثاني يعرف فيه اسباب
الفساد العامة في البيوع المطلقة اعنى في كلها او اكثرها الثالث اعرف من اسباب الصحة الذي يعرف
فيه اسباب الصحة في البيوع المطلقة ايضا الرابع نذكر فيه احكام البيوع الصحيحة اعنى الاحكام المشتركة لكل
البيوع الصحيحة او لاكثرها الخامس نذكر فيه احكام البيوع الفاسدة المشتركة اعنى اذا وقعت السادس
نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع مما يخصه من الصحة والفساد واحكامها الباب الاول ان كل معاملة

الجزء

وجدت بين اثنين فلا يخلو ان يكون عينا بعين او عينا بشيء في الذمة او ذمة بذمة وكل واحد من هذه
الثلاثة اما نسيئة واما ناجز وكل واحد من هذه اما ناجز من الطرفين واما نسيئة من الطرفين واما ناجز
من الطرف الواحد ونسيئة من الآخر فتكون انواع البيوع تسعة فاما النسيئة من الطرفين فلا يجوز
باجماع لا في العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهي عنه وللاسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صيغة
العقد وحال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا يخلو ا
ان يكون ثمنا بمثمون او ثمنا بثمن فان كان ثمنا بثمن سمي صرفا وان كان ثمنا بمثمون سمي بيعا مطلقا و
كذلك مثمون بمثمون على الشروط التي تقال بعد وان كان عينا بذمة سمي سلما وان كان على الخيار سمي
بيع خيار وان كان على المرابحة سمي بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة الجملة
الثانية واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي اسباب الفساد العامة
وجدت اربعة احدها تحريم عين المبيع والثاني الربا والثالث الغرر والرابع الشروط التي تؤول
الى احد هذين او لمجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة اصول الفساد وذلك ان النهي انما تعلق

فيها البيع من جهة ما هو بيع لا لأمر خارج وأما التي ورد النهي فيها لأسباب
من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها
لأنها محرمة البيع ففي هذه الجملة أبواب الطلب الأول في الأعيان المحرمة البيع
وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات فأما بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر
في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله ورسوله حرم بيع الخمر
والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها
السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا
أثمانها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر و
أنها نجسة إلا خلافا شاذا في الخمر أعني في كونها نجسة والميتة بجميع أجزائها
التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة واختلف في الانتفاع
بشعره فأجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو
الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها
في المذهب فقيل بمنعها مطلقا وقيل بإجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة
والزبل يعني إباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لا
ختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى أنه ناب جعله ميتة ومن رأى أنه قرن معكوس
جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس
أو مختلف في نجاسته فمنها الكلب والسنور أما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال ال
شافعي لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك
بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن ما لا يجوز
اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه فأما من أراده للأكل فاختلفوا فيه
فمن أجاز أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا
في المأذون في اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه فأما الشافعي فعمدته شيئان
أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي عليه السلام والثاني أن الكلب عنده
نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في باب الطهارة وأما من أجاز

فعمدته

295

فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل فجاز بيعه كسائر الأشياء الطاهرة العين
وقد تقدم اختلافهم في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين وفي
كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير
مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية
أو كلب الزرع وما في معناه ورويت أحاديث غير مشهورة أقترن فيها
بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ وأما
النهي عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على إباحته لأنه طاهر العين
مباح المنافع فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة ومن هذا الباب
اختلافهم في بيع الزيت النجس وما أشبهه بعد اتفاقهم على تحريم أكله
فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة
بجواز البيع وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك فعمدة من حرمه حديث
جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول إن الله
تعالى ورسوله حرم الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه أنه إذا كان في الشيء
أكثر من منفعة واحدة وحرم منها واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزم
أن يحرم منها سائر المنافع ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة
كالحاجة إلى المحرمة فإذا كان الأصل هذا فيخرج منه بالنص الخمر والميتة
والخنزير وبقيت سائر محرمات الأكل على الإباحة أعني أنه إذا كان فيها منافع
سوى الأكل فبيعت لهذا جاز وروي عن علي وابن عباس وابن عمر
من أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز
الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز الشافعي
الانتفاع مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل إن في المذهب
رواية أخرى بمنع الاستصباح وهو اللازم للأصل أعني لتحريم البيع
واختلف أصحاب المذهب في غسله وتطهيره هل هو مؤثر في عين
النجاسة ومزيل لها على قولين أحدهما جواز ذلك والآخر منعه

وبينهما مشبهان على أن الزيت إذا خالطه النجس هل نجاسته نجاسة عين
أو نجاسة مجاورة فمن رأى أن نجاسته مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ
ومن رأى أن نجاسته عينية لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة
في هذا الباب اختلافهم في جواز لبن الآدمية إذا حلب فمالك والشافعي
يجيزانه وأبو حنيفة لا يجيزه وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه
فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر الأنعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو
لمكان ضرورة الطفل وأنه في الأصل محرم إذ لحم ابن آدم حرام والأصل
عندهم أن الألبان عندهم تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا
الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والأتان
فسبب الاختلاف في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا
الباب كثيرة وإنما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجري ذلك
مجرى الأصول

الباب الثالث في بيوع الربا

واتفق العلماء على
أن الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف
أو غير ذلك فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق
عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة
وينظرون وكانوا يقولون أنظرني أزدك وهذا هو الذي عناه عليه السلام
بقوله في حجة الوداع ألا وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا
العباس بن عبد المطلب والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره
بعد وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة
وتفاضل إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه
عن النبي عليه السلام أنه لا ربا إلا في النسيئة وإنما صار جمهور الفقهاء
إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم
والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول الفصل الأول في معرفة الأشياء
التي لا يجوز فيها التفاضل ولا النساء وتبيين علة ذلك الثاني

في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز النساء الثالث في معرفة ما يجوز
فيه الأمران جميعا الرابع في معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا الفصل
الأول فنقول أجمع العلماء أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد
من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت إلا ما حكي عن ابن عباس وحديث
عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء
بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف
الواحد من هذه الأعيان وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث أشهرها
حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا
إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير
ربا إلا هاء وهاء فيتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد ويتضمن
أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه وإباحة التفاضل وذلك
في بعض الروايات الصحيحة وذلك فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة
وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد وهذا
أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها بافتراق الأصناف واختلافها إلا ما
حكي عن ابن علية أنه قال إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنساء ما عدا الذهب
والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص
أريد به الخاص وأما الجمهور فهموا منه الاقتصار فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص
أريد به العام واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف أعني
في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذي استقر عليه حذاق المالكية أن
سبب منع التفاضل أما في الأربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد
قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون
في الأكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار
وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف
الواحد أيضا مع كونهما رؤوسا للأثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة
هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لأنها ليست موجودة عندهم
في غير الذهب والفضة وأما علة منع النساء أما حيث يجوز التفاضل فلكونها

ليست مدخرة. وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة وقد قلنا ان الطعم بالاتفاق
علة لمنع النساء في المطعومات. وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في المطعومات
الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد. وأما علة النساء فهو
الطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك. وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم
في هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء
فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع على انه يجوز فيه النساء
ووافق الشافعي مالكا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن
كونهما رؤوسا للأثمان وقيما للمتلفات هو علة عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف
الصنف فاذا اتفق منع التفاضل. والحنفية يعتبر في المكيل [illegible] في جهة الكيل وسائر
أحكام الدنانير والدراهم فيما يخصهما في كتاب الصرف. وأما ها هنا فالمقصود هو
تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء. فنذكر دليل كل
فريق منهم فنقول ان الذين قصروا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين
إما قوم نفوا القياس في الشرع أعني استنباط العلل من الألفاظ وهم الظاهرية وإما
قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع ما عدا المسكوت عنه ها هنا بالمنطوق به
فإنما يلحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة إلا ما حكي عن ابن الماجشون أنه اعتبر
في ذلك المالية وقال علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال يريد منع الغبن
وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا وكان قياس
المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى إذ لم يتأت له قياس علة فألحق
الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة لأنه زعم أنه في معنى التمر ولكل واحد
من هؤلاء أعني القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في إلحاق المسكوت
عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة. أما الشافعية فإنهم قالوا في تثبيت علتهم
الشبهية أن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم
هو علة الحكم مثل قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما فلما علق الحكم
بالمشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا وإذا كان هذا
هكذا وكان قد جاء من حديث معمر بن عبد الله أنه قال كنت أسمع رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل فبين أن الطعم
هو المعنى الذي علق به الحكم. وأما المالكية فإنها زادت على الطعم إما صفة

واحدة

واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ وإما صفتان وهما الادخار والاقتيات
على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأن قالوا
لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص
على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة فلما ذكر منها
عددا علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه
وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير
فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات
المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح
الطعام وأيضا فإنهم قالوا لما كان معقول معنى الربا إنما هو أن لا يغبن الناس بعضهم
بعضا وأن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات
وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والوزن أنه صلى الله عليه وسلم لما علق
التحليل باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم
لعامله في خيبر من حديث أبي سعيد وغيره إلا كيلا بكيل يدا بيد
وأن النقد يراعى الكيل والوزن فهو المؤثر في الحكم [illegible] الصنف وربما
احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوي على اعتبار الكيل
والوزن منها أنهم رووا في بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها
في حديث عبادة زيادة وهي وكذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها
وكذلك المكيال والميزان فهذا أنكم لم تصح الأحاديث ولكن إذا تأمل الأمر
من طريق المعنى يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان
الغبن الكثير الذي فيه وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي
ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل
الدينار والدرهم لتقويمها أعني تقديرها ولما كانت الأشياء المختلفة
الذوات أعني غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود
النسبة أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه
نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه مثال ذلك أن العدل إذا باع
إنسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الثياب

الا فرس فهي نسبته فيمته في ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس فيمته خمسين
فيجب ان تكون تلك الثياب فيمتها خمسين فليكن مثلا الذي يساوي ذلك العدد
عددها هو عشرة اثواب فاذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض
في العدد واجب في المعاملة العدلة اعني ان يكون عديل فرس عشرة اثواب
في المثل واما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليس تختلف كل الاختلاف
وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها
صنف ان يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل
في هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة
والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل
في هذه الاشياء اعني المكيلة والموزونة علتان احداهما وجود العدل
فيها والثانية منع المعاملة اذا كانت المعاملة بها من باب السرف
واما الدنانير والدراهم فعلة المنع فيها اظهر اذ كانت ليس المقصود
منها الربح وانما المقصود منها تقدير الاشياء التي لها منافع ضرورية
وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف
الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في اقوات الناس
فانه يشبه ان يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت اهم منه
فيما ليس هو قوتا وقد روي عن بعض التابعين انه اعتبر في الربا الاجناس
التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا اعني المالية وهو
مذهب ابن الماجشون الفصل الثاني فيجب من هذا ان يكون علة امتناع
النسيئة في الربويات هو الطعم عند مالك والشافعي واما في غير الربويات
ليس بمعلوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق
المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات واما
ابو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات
الصنف الواحد متفاضلا كان او غير متفاضل وقد يظهر من قول ابن القاسم عن
مالك انه يمنع النسيئة في هذه لانه عنده من باب السلف الذي يجر منفعة
الفصل الثالث واما ما يجوز فيه الامران جميعا اعني التفاضل والنساء

فما لم يكن ربويا عند الشافعي واما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا
واحدا متفاضلا او صنفا واحدا باطلاق على مذهب ابي حنيفة ومالك
يعتبر في الصنف الواحد المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير الربو
يات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان
الاسم واحدا وابو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشا
فعي ليس الصنف عنده مؤثرا الا في الربويات فقط اعني انه يمنع التفاضل
والنساء فيه وليس هو عنده علة للنساء اصلا في غيرها فهذا هو تحصيل
مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث واما الاشياء التي
لا يجوز فيها النسيئة فان هذا قسمان منها ما لا يجوز فيه التفاضل وقد تقدم
ذكره ومنها ما يجوز فيه التفاضل فاما الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل
فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي وعند ابي
حنيفة الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اقتران الصنف حرم التفاضل واما
الشافعي فدليله حديث عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره
ان ياخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل
في الجنس الواحد مع النساء واما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل
على تاثير الجنس على انفراده في النسيئة واما مالك فعمدته في مراعاة
منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك انه لا فائدة في ذلك
الا ان يكون من باب سلف يجر نفعا وهو محرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقيل
عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على
ظاهر حديث سمرة وكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص
والحنفية لحديث سمرة مع القياس لان ذلك يقتضي ان لا يجوز الحيوان
بالحيوان نسيئة اتفق الجنس او اختلف وكان مالكا ذهب مذهب
الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلا

منها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذي ويشهد
لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ولا باس به يدا بيد وقال ابن المنذر
ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا بعبدين اسودين و
اشترى جارية بسبعة ارؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان يشبه
ان يكون اصلا بنفسه لا من قبيل سد الذريعة واختلفوا فيما لا يجوز بيعه
نساء هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الربويات
بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه السلام ولا تبيعوا
منها غائبا بناجز فمن شرط فيها التقابض في المجلس شبهها بالصرف
ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطا في البيوع
الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات
على الاصل

الفصل الرابع

واختلفوا في هذا الباب فيما يعد صنفا
واحدا او ما هو المؤثر في التفاضل مما لا يعد صنفا واحدا في مسائل كثيرة
لكن نذكر منها المشهور وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد
المؤثرة في التفاضل هل من شرطه الا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس
والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا مما ليس صنفا واحدا
فمنه القمح والشعير ذهب قوم الى انهما صنف واحد وذهب اخرون الى
انهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعي وحكاه في الموطأ
عن سعيد ابن المسيب وبالثاني قال الشافعي وابو حنيفة وعمدتهما
السماع والقياس اما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم فلا تبيعوا
البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وايضا
فان في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة
كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد

ذكره

ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري وصحح هذه الزيادة الترمذي
واما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنافعهما فوجب
ان يكونا صنفين اصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة في الاسم
والمنفعة واما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة واما الصحابة فلا عمل
وايضا فان الدليل السماع والقياس اما السماع فما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال الطعام بالطعام مثلا بمثل قالوا واسم الطعام يتناول البر
والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة واما
من طريق القياس فلانهم عدوا كثيرا من اتفاق المنافع والمتقاربة المنا
فع لا يجوز التفاضل فيها كالتفاح والسلت عند مالك والشعير صنف
واحد وكالاخرى من الاصناف وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع
فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنفا واحدا ومن
غلب الاختلاف قال صنفان او اصناف والارز والدخن والجا
ورس عنده اصناف مختلفة وعند ابن وهب ان جميع القمح
والشعير والسلت والذرة فهي صنف واحد

مسألة

واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه
التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة اصناف فلحم ذوات الاربع
صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد ايضا
وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال ابو
حنيفة كل واحد من هذه انواع كثيرة والتفاضل فيها جائز
الا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان احدهما مثل
قول ابي حنيفة والاخر ان جميعها صنف واحد وابو حنيفة
يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لا يجيزه والشافعي لا يجيز
بيع لحم الطير بالغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعمدة الشافعي

فقوله عليه السلام الطعام بالطعام مثلا بمثل ولانها اذا صار فيها الى
الحالة زالت الصفة التي كانت بها تختلف وتناولها اسم اللحم
تناولا واحدا وعمدة المالكية ان هذه اجناس مختلفة فوجب ان
يكون لحمها مختلفا والحنفية يعتبرون الاختلاف في الذي في الجنس
الواحد من هذه ونقول ان الاختلاف الذي بين انواع الحيوان
اعني في الجنس الواحد منه كانه قلت الظاهر هو وزن الاختلاف الذي
بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعي ان وزان الاختلاف
الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي بين اللحم
والحنفية اقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق
المنفعة مسئلة واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان الحي بالميت على
ثلاثة اقوال قول انه لا يجوز بالاطلاق وهو قول الشافعي والليث وقول
انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز التفاضل ولا يجوز ذلك
في المتفقة اعني الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل
وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجيز
شاة مذبوحة بشاة حية تراد للاكل وهذا عنده في الحيوان
المأكول حتى انه لا يجيز الحي بالحي اذا كان المقصود الاكل من احدهما
فهي عنده من هذا الباب اعني ان امتناع ذلك عنده من جهة
الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال ابو حنيفة
وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب لمرسل سعيد
ابن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن اسلم عن سعيد ابن المسيب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم
يقم عنده معارضة هذا الحديث للاصل من اصل البيوع
التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة

بيوع

له وجب عليه احد امرين اما ان يغلب الحديث فيجعله اصلا زائدا بنفسه
او يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعي غلب الحديث وابو حنيفة
غلب الاصول ومالك رد الحديث الى اصوله في البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا
اعني بيع الشيء الربوي باصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسياتي
الكلام على هذا الاصل فانه الذي يسميه الفقهاء بالمزابنة وهي داخلة في الربا
بجهة وفي الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة
الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر ومعظم الذي سببه الجهل
بالخارج من الاصل مسئلة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة
مثلا بمثل فالاشهر عن مالك جوازه وهو قوله في موطئه وروي عنه
انه لا يجوز وهو قول الشافعي وابي حنيفة وابن الماجشون من اصحاب
مالك وقال بعض اصحاب مالك ليس هو اختلاف من قوله وانما رواية
المنع اذا كان اعتبار المماثلة بالكيل لان الطعام اذا طحن ريع فقد اختلف
كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن واما ابو حنيفة فالمنع عنده
في ذلك من قبل ان احدهما مكيل والاخر موزون ومالك يعتبر الكيل والوزن
فيما جرت العادة ان يكال او يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا
من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما اصله منع الربا فيه مثل الخبز
بالخبز فقال ابو حنيفة لا باس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج
بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا
عن متفاضلا لانه قد غيرته الصنعة تغييرا جهلت به مقاديرها
التي تعتبر فيها المماثلة واما مالك فالاشهر في الخبز عنده انه يجوز
متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي واما العجين

بالعجين جائز عنده مع المماثلة وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من
جنس الربويات او ليس تنقله من جنس الربويات وان لم تنقله فهل تمكن
المماثلة فيه او لا تمكن فقال ابو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي
لا تنقله واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثل
في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن واما اذا كان احد الربويين
لم يدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان
الصنعة تنقله من الجنس اعني من ان يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل
وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال واللحم
المشوي عنده والمطبوخ من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير
المقلوة جنسان وقد رام اصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه
انه ليس في ذلك قانون من قوله تنحصر اقواله فيها وقد رام حصرها الباجي
في المنتقى وكذلك ايضا يحصر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء
من الاجناس التي يقع فيها التفاضل وتمييزها من التي لا توجب ذلك
اعني في الحيوان والعروض والنبات وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن
اشياء متشابهة في اوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في
تمييزها الا ما يعطيه بادي النظر في الحال اجاب فيها بجوابات مختلفة واذا جاء
من بعده احد فرام ان يجري تلك الاجوبة على قانون واحد واصل
واحد عسر ذلك عليه وانت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هي امهات
هذا الباب

فصل

واما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من
اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك
ما رواه مالك عن سعد ابن ابي وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى

الله

الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فاخذ به
اكثر العلماء وقالوا لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي
وغيرهما وقال ابو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد
بن الحسن وابو يوسف وقال الطحاوي بقول ابي حنيفة وسبب
الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه
وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة
وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن غلب ظاهر
احاديث الربوية رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث اصلا
بنفسه قال هو امر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث ايضا
اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوي خولف
فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقالوا ان الذين يروون عنه هذا الحديث
عن سعد ابن [illegible] وقال هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال
مالك في موطئه قياسا على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذا لا يباع رطب
بيابس من نوعه حرام يعني مع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس
بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم ان التفاضل يوجد بينهما عند
الجفاف وخالفه في الامر قال بهذا الباب فاما اختلافهم في بيع الجيد
بالرديء في الاصناف الربوية فقد ذهب الجمهور بان يباع منها صنف واحد
وسط في الجودة بصنفين احدهما اجود من ذلك الصنف والآخر ادون مثل
ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر احدهما اعلى من الوسط والآخر
ادون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه ان يكون انما قصد ان يدفع
مدين من الوسط في مد من الطيب فجعل معه الرديء ذريعة الى تحليل
ما لا يجب من ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن الشافعي في هذا ليس
هو مما اتهمه لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبهان يقتضي التفاضل

في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردي عن الوسط
والا فليس هنالك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع الصنف
من الربويات بصنف مثله وعرض او دنانير او دراهم اذا كان الصنف الذي يجعل معه
العرض اقل من الصنف المفرد او يكون مع واحد منهما عرض والصنفان مختلفان
في القدر فالاول مثال ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم والثاني مثل
ان يبيع كيلين من التمر وثوبا بثلاثة اكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي
والليث ان ذلك لا يجوز وقال ابو حنيفة والكوفيون ذلك جائز وسبب الخلاف
هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي ان يكون مساويا له في القيمة
او يكفي في ذلك رضى البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز
لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العوض متساويا بالفضل من الربويين على
الثاني كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب
فقد يجب ان يكون قيمة الثوب تساوي الكيل والا وقع التفاضل ضرورة واما
ابو حنيفة فيكتفي في ذلك بما يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر ايضا في
هذا سد الذريعة لانه ربما جعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد
متفاضلا فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الجنس

بيوع الذرائع الربوية وههنا شيء يعرض للمتبايعين اذا اقال احدهما
الاخر بزيادة او نقصان وللمتبايعين اذا اشترى احدهما من صاحبه الشيء
الذي باعه بزيادة او نقصان وسواء يتصور بينهما من غير قصد ان ذلك تبايعا
ربويا مثال ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها
منه بعشرين الى اجل فاذا اضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر
على ان احدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى اجل وهذا هو الذي يعرف
ببيوع الاجال فنذكر من هذه المسائل في الاقالة مسالة ومسالة من بيوع
الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل

الاصول

الاصول مسالة لم يختلفوا ان من باع شيئا ما كائنا ما كان فلتفرض عبدا بمائة
دينار مثلا الى اجل ثم ندم البائع فسال المبتاع ان يصرفه اليه ويدفع
اليه عشرة دنانير مثلا نقدا او الى اجل ابعد من الاجل انه يجوز وانه لا باس بذلك
وان الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستانف
ولا حرج في ان يبيع الانسان الشيء بثمن ثم يشتريه باكثر منه لانه
في هذه المسالة اشترى منه البائع الاول العبد الذي باعه بالمائة
التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقدا او الى اجل وكذلك لا
خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى اجل وعشرة مثاقيل نقدا او الى اجل
واما ان ندم المشتري في هذه المسالة وسال الاقالة على ان يعطي البائع العشرة
مثاقيل نقدا او الى اجل ابعد من الاجل الذي وجبت فيه المائة فههنا اختلفوا
فقال مالك لا يجوز وقال الشافعي يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك
ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى اجل والى بيع ذهب وعرض
بذهب لان المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه
وايضا يدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد بتسعين واسلفه
عشرة الى الاجل التي تجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه واما الشافعي
فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستانف ولا فرق عنده بين هذه
المسالة وبين ان يكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري
منه غلاما بالتسعين دينارا التي عليه ويتعجل له عشرة وذلك
جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز واما ان كان البيع
الاول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب
بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من اهل العينة
اعني الذي يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف في اكثر منه

يتوصلان اليه بالاكثر من البيع من غير ان يكون به حقيقة ⊙ واما البيوع
التي يعرفونها ببيوع الآجال فهي ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى اجل
ثم يشتريها بثمن آخر الى اجل آخر او نقدا ⊙ وهنا تسع مسايل الذي يكون
هنالك زيادة عوض اختلف منها في مسألتين واتفق في الباقي
وذلك انه من باع شيئا الى اجل ثم اشتراه فاما ان يشتريه في ذلك
الاجل وقبله او بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة اما ان يشتريه
منه بمثل الثمن الذي باعه به منه واما باقل واما باكثر يختلف
من ذلك في اثنتين وهو ان يشتريها قبل الاجل ونقدا باقل من الثمن
او الى ابعد من ذلك الاجل باكثر من ذلك الثمن فعند مالك و
جمهور اهل المدينة ان ذلك لا يجوز ⊙ وقال الشافعي وابو ثور
وداود يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع
الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير في اكثر منها الى اجل
وهو الربا المنهي عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتوصلا بها الى
الحرام مثل ان يقول قايل لآخر اسلفني عشرة دنانير الى شهر
وارد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن ابيع منك
هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقدا واما
في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان اعطى اكثر من الثمن في اقل
من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراه باقل من ذلك الثمن الى
ابعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث العالية
عن عايشة انها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت لي ام ولد لزيد بن ارقم
يا ام المومنين انه بعته من زيد عبدا الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه

فاشتريته

فاشتريته منه قبل محل الاجل بستمائة فقالت عايشة بيس ما
اشتريت وبيس ما اشتريت ابلغي زيدا انه قد ابطل جهاده مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت ارايت ان تركت واخذت الستة
مائة دينار قالت نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف
⊙ وقال الشافعي واصحابه لا يثبت حديث عايشة وايضا فان زيدا
قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروي مثل
قول الشافعي عن ابن عمر واما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري
الاول فان الثوري وجماعة من الكوفيين اجازوا للبايع بالنقد ان
يشتريه نقدا باقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان ⊙
والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي ان تتذرع
منها الى انظرني ازدك والى بيع ما لا يجوز بيعه متفاضلا او بيع ما
لا يجوز نسا متفاضلا او الى بيع وسلف او الى ذهب وعرض بذهب
او بذهب وعرض والى ضع وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفى
او بيع وصرف فان هذه هي اصول الربا ⊙ ومن هذا الباب اختلا
فهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وابو
حنيفة وجماعة واجازه الشافعي والثوري والاوزاعي وجماعة
وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نسا ومن اجازه
لم ير ذلك فيه اعتبارا بتجرد العقد من التهمة ⊙ ومن ذلك اختلا
فهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى اجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن
عند البايع طعام يدفعه اليه فاشترى من البايع طعاما بثمن يدفعه
اليه مكان الطعام الذي وجب له عليه او من المشتري نفسه فمنع
من ذلك مالك ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفى
لانه رد اليه الطعام الذي اخذ منه وبقي الثمن الذي دفع اليه انما هو
ثمن الطعام الذي كان يترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه

وصورة الذريعة في ذلك ان يشتري رجل من آخر طعاما الى اجل معلوم فاذا
حل الاجل قال الذي عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن اشتري منك
الطعام الذي وجب لك علي فقال هذا لا يصلح لانه بيع الطعام قبل
ان يستوفى فيقول له فابتع طعاما مني واردّه عليك فيعرض من ذلك
ما ذكرنا اعني ان يرد عليه ذلك الطعام الذي اخذ منه ويبقى الثمن المدفوع
انما هو ثمن الطعام الذي في ذمته. واما الشافعي فلا يعتبر التهم كما
قلنا وانما يراعي فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بالسنتهما
وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على انه اذا قال ابيعك هذه الدراهم
في دراهم مثلها وانظرك بها حولا وتظهر انه لا يجوز ولو قال له
اسلفني دراهم وامهلني بها حولا جاز وليس بينهما الا اختلاف
لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده. ولما كانت اصول
الربا كما قلنا خمسة انظرني ازدك والتفاضل والنساء وضع
وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذ فاعل
ذلك يدفع دنانير ويأخذ اكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان
يتعلق بذمته فينبغي ان نذكر ههنا هذين الاصلين اما ضع وتعجل
فاجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار وجماعة
ومنعه ابن عمر من الصحابة ومالك وابو حنيفة والثوري وجماعة
من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فاجاز مالك وجمهور
من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه
وان كانت قيمته اقل من دينه. وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه
بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها انه
جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك
انه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عوضه ثمنا وهنا لما حط
عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا. وعمدة من اجازه ما روى

عن ابن

عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما امر باخراج بني النضير جاءه
اناس منهم فقالوا له يا نبي الله انك امرت باخراجنا ولنا على الناس ديون
لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا. فسبب الخلاف
معارضة قياس الشبه لهذا الحديث. واما بيع الطعام قبل قبضه فان
العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما حكي عن عثمان البتي وانما اجمع العلماء
على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع
طعاما فلا يبعه حتى يقبضه. واختلفوا من هذه المسألة في ثلاثة مواضع
احدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثاني في الاستفادات التي
يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط. والثالث في الفرق بين ما يباع
من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول

الفصل الاول

اما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في اجازته
واما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه واما
غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان احداهما المنع وهي الاشهر
وبه قال احمد وابو ثور الا انهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية
الاخرى الجواز. واما ابو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ما عدا
المبيعات التي لا ولا تحول وهي الدور والعقار. واما الشافعي
فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروي عن جابر
بن عبد الله وابن عباس وقال ابو عبيد واسحاق كل شيء لا يكال
ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون
وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن ابي سلمة وربيعة وزاد
هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيتحصل في اشتراط القبض سبعة

أقوال الأول في الطعام الربوي فقط والثاني في الطعام بإطلاق والثالث
في الطعام المكيل والموزون والرابع في كل شيء ينقل والخامس في كل
شيء والسادس في المكيل والموزون والسابع في المكيل والموزون والمعدود
أما عمدة مالك في منعه ما عدا المنصوص عليه فدليل الخطاب في
الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعية في تعميم ذلك في كل بيع فعموم
قوله عليه السلام لا يحل بيع وسلف ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك
وهذا من بيع ما لم يضمن وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول
المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال قلت
يا رسول الله إني أشتري بيوعا فما يحل لي منها وما يحرم فقال يا ابن أخي
إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر حديث حكيم بن حزام
رواه يحيى بن كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه
أن حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف
لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط وفي الحقيقة
ليس بحجة وإن كان قد رضيه جماعة من المحدثين وأما من طريق المعنى
فإن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا وإنما استثنى أبو حنيفة ما
يحول وينقل عنده مما لم ينقل لأن ما لم ينقل القبض عنده فيه هي
التخلية وأما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم أن المكيل والموزون
لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل والوزن وقد
نهي عن بيع ما لم يضمن الفصل الثاني وأما ما يعتبر ذلك فيه مما
لا يعتبر فإن العقود تنقسم أولا إلى قسمين قسم يكون بمعاوضة و
قسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذي يكون بمعاوضة
ينقسم ثلاثة أقسام أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهي

البيوع

البيوع والإجارة والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره
والقسم الثاني لا يختص بقصد المغابنة وإنما يكون على جهة الرفق وهو
القرض والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا أعني
على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والإقالة والتولية
وتحصيل أقاويل العلماء في هذه الأقسام أما ما كان بيعا وبعوض
فلا خلاف في اشتراط القبض فيه وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض
واحد من العلماء وأما ما كان خالصا للرفق أعني القرض فلا خلاف
أيضا أن القبض ليس شرطا في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع ال
القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر وا
لخلع والجعل فقال يجوز بيعها قبل القبض وأما العقود التي تتردد
بين قصد الرفق والمغابنة وهي التولية والشركة والإقالة فإذا
وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون إقالة أو تولية بزيادة
أو نقصان فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل
القبض وبعده وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التو
لية قبل القبض وتجوز الإقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع لا بيع
وعمدة من شرط القبض في جميع المعاوضات أنها في معنى البيع المنهي
عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر
والمعنى أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه
إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة وأما من طريق المعنى فإن
هذه إنما يراد بها الرفق لا المغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان
وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع لأن العوض في ذلك

ليس بينا اذا لم يكن بمنزلة **الفصل الثالث** واما اشترا الطعام
فيما يبيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه واجازه وبه قال
الاوزاعي ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعي وحجتهما عموم الحديث
المتضمن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه والان التذريعة موجودة
في الجزاف فيما بيع مكيلا وغير الجزاف ومن الحجة لمالك ما روي عن
ابن عمر انه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع
الطعام جزافا فيبعث الينا من يامرنا بانتقاله من المكان الذي
ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل ان نبيعه قال ابو عمر وان كان
مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رواه
جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم في حفظ
حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق
توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهو من باب
تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ومما يدخل في هذا الباب
اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لا يملكه وهو المسماة
عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا واما من
راى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيوع
الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهي عنه ان يقول رجل
لرجل اعطني عشرة دنانير على ان ادفع اليك مدة كذا
ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن ابيع منك سلعة كذا
بسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشتري
تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة
قيمتها قريبا مما كان ساله ان يعطيه من الدراهم قرضا فيرد

عليه

عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هنا موضعه والخلاف
في هذه الصورة التي ذكرنا انما هي جارية في المذهب اعتقادا
نظرا الى الثمن الذي ياخذ بها السلعة قبل شرائه لها واما الدين بالدين
فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا في مسائل هل هي منه ام ليست
منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز ان ياخذ الرجل من غريم له في دين له
عليه ثمرا قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من
باب الدين بالدين وكان اشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب
الدين بالدين وانما الدين بالدين ما لم يشرع في اخذ شيء منه وهو
القياس عند كثير من العلماء المالكيين وهو قول الشافعي وابي حنيفة
ومما اجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في
المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى
العطاء فياخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس
بذلك باسا وكذلك كل ما يبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم
ان ذلك لا يجوز الا فيما يخشى عليه الفساد من الفواكه اذا اخذ
جميعه واما القمح وشبهه فلا فهذه هي اصول هذا الباب كله الا ما
في الشرع لمكان القبض الذي يكون مطلقا ومن علم

بلاغ

الباب الثالث
في البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه

الغرر

والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على اوجه اما من جهة الجهل بتعيين
المعقود عليه او تعيين العقد او من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون
المبيع او بقدره او باجله ان كان هنالك اجل واما من جهة الجهل بوجوده
او تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم واما من جهة
الجهل بسلامته اعني بقاءه وها هنا بيوع تجمع اكثر هذه او بعضها
ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها

وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به اكثره متفق عليه وانما اختلف في
شرح اسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر المنطوق
به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت
عنه ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون
في نفس الفقيه اعني في رد الفروع الى الاصول فاما المنطوق
به في الشرع فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة
والمنابذة وعن بيع الحصاة ومنه نهيه صلى الله عليه وسلم
عن بيع حبل الحبلة ومنه نهيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار
حتى تزهي ومنه نهيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن
بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب
حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح اما بيع الملامسة
فكانت صورته في الجاهلية ان يلمس الثوب ولا ينشره او يبتاعه
ليلا ولا يعلم ما فيه وهذا مجمع على تحريمه وسبب تحريمه الجهل بالصفة
واما بيع المنابذة فكان ان ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه
الثوب من غير ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعا
الى الاتفاق واما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول
المشتري اي ثوب وقعت عليه الحصاة التي ارمي بها فهو لي وقيل
ايضا انهم كانوا يعقدون اذا وقعت الحصاة من يده فقد وجب البيع
وهذا قمار واما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان احدهما انه كانت
بيوعا يؤجلونها الى ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تنتج ما في بطنها
والغرر من جهة الاجل في هذا بين وقيل انما هو بيع جنين الناقة
وهو من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي ما في
بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جا

الناقة

هلية

هلية متفق على تحريمها وهي محرمة من جهة تلك الاوجه
التي ذكرناها واما بيع الثمار فانه ثبت عنه صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى وتتعلق بذا
لك مسائل مشهورة نذكر منها عيونها وذلك ان بيع
الثمار لا يخلو ان يكون قبل ان تزهى او بعد ان تزهى وكل واحد من
هذين لا يخلو ان يكون بيعا مطلقا او بشرط التبقية او بشرط
القطع اما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل ان تخلق فجميع العلماء
مطبقون على ذلك انه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق و
من باب بيع السنين والمعاومة وقد روي عنه عليه السلام انه نهى
عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهو بيع الشيء اعواما
الا ما روي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان
بيع الثمار سنين واما بيعها بعد الصلاح فلا خلاف في
جوازه واما بيعها بعد ان خلقت فاكثر العلماء على جواز
ذلك على التفصيل الذي نذكره الا ما روي عن ابي سلمة ابن
عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصلاح فاذا
قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصلاح فلا يخلو ان يكون
بعد ان تزهى او قبل ان تزهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو ان يكون
بيعا مطلقا وبيعا بشرط القطع او بشرط التبقية اما
بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه الا
ما روي عن الثوري وابن ابي ليلى من منع ذلك وهي
رواية ضعيفة واما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية
فلا خلاف في انه لا يجوز الا ما ذكر اللخمي من جوازها

كل
متفقون

الجمهور

تخريجا على المذهب في جواز بيع الاصل بشرط القطع واما بيعها
قبل الزهو مطلقا فاختلف فيه فقهاء الامصار فجمهورهم
على انه لا يجوز مالك والشافعي واحمد واسحاق والليث و
الثوري وغيرهم وقال ابو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري
عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة
ان ذلك شرط في بيع الثمر على ما سياتي بعد ودليل الجمهور
على منع بيعها مطلقا قبل الزهو الحديث الثابت عن ابن عمر ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
نهى البائع والمشتري فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغا
ية وان هذا النهي يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما
ظهر للجمهور ان المعنى في هذا خوف ما تصيبه الثمار
من الجائحة غالبا قبل ان تزهي لقوله عليه السلام في حديث
انس بن مالك في تعليله نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو ارايت
ان منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه لم يحمل
العلماء النهي في هذا على الاطلاق اعني النهي عن البيع
قبل الازهاء بل راوا ان معنى النهي هو بيعه بشرط
التبقية الى الازهاء فلذا جازوا بيعها قبل الازهاء بشرط
القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا في هذه الحال هل
يحمل على القطع وهو الجائز او على التبقية الممنوعة فمن
حمل الاطلاق على التبقية او راى ان النهي يتناوله بعمومه
قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن
مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل انه محمول على القطع

واما

واما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقا قبل ان تزهي
حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترطها المبتاع
قالوا فلما جاز ان يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا وحملوا
الحديث الوارد في النهي عن بيع الثمار قبل ان تزهي على الندب
واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت قال كان الناس
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار
قبل ان يبدو صلاحها فاذا جد الناس وحضر تقاضيهم
قال المبتاع اصاب الثمر الدمان اصابه مراض اصابه قشام عوارض
يحتجون بها فلما كثرت خصومتهم عند النبي صلى الله
عليه وسلم قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى
يبدو صلاحها ورثه قالوا ان المعنى الذي دل عليه في الحديث
فيه والصلاح هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه السلام ارايت ان
منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه وقد كان يجب
على من قال الكوفيين بهذا القول ولم يعن برأي ابي حنيفة
في انه من ضرورة بيع الثمار القطع ان يمنع بيع الثمار قبل بدو
صلاحها على شرط التبقية والجمهور يحملون جواز بيع الثمار
بالشرط قبل الازهاء على العموم اعني اذا بيع الثمر مع الاصل
واما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق
فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضي التبقية بدليل قوله
عليه السلام ارايت ان منع الله الثمرة الحديث ووجه الد
ليل منه ان الجوائح انما تطرا في الاكثر على الثمار قبل بدو الصلاح
واما بعد الصلاح فلا تطرا الا في القليل فلو لم يجب في البيع
بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة وكان هذا الشرط

بالصلاح وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية وأما الإطلاق
عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث و
حجتهم أن ليس بيع الشيء يقتضي تسليمه وإلا لحقه الغرر ولذلك
لم يجز أن تباع الأعيان إلى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى
من بيع الأعيان إلى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله
دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين
أحدهما في جواز بيعها قبل أن تزهي والثاني في منع تبقيتها
بالشرط بعد الإزهاء أو بمطلق العقد وخلافهم في الموضع
الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعني في شرط القطع
وإن أزهى وإنما كان خلافهم في الموضع الأول أقوى لأنه
من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولانه الط أيضا
مروي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذي جوز رسول
الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو أن يظهر فيه الصفر
ويسود فيه العنب إن كان مما يسود وبالجملة أن يظهر
في الثمر صفة الطيب هذا قول جماعة فقهاء الأمصار
لما رواه مالك عن حميد عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم
سئل عن قوله حتى تزهي فقال حتى تحمر وروي عنه صلى الله
عليه وسلم أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى
يشتد وكان زيد بن ثابت فيما رواه مالك عنه لا يبيع
ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتي عشرة ليلة تبقى من أيار
وهو مايه وهو قول ابن عمر أيضا سئل عن قول رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى تنجوا من
العاهات فقال عبد الله ابن عمر ذلك وقت طلوع
الثريا وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن أهل البلد وروى ابن القاسم
عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ما حوله
من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله
أعلم طلوع الثريا إلا أن المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى
يبدو فيه الزهو وقد قيل إنه لا يعتبر مع الإزهاء طلوع الثريا
فالمحصل في بدو الصلاح للفقهاء ثلاثة أقوال قول إنه الإزهاء
وهو المشهور وقول إنه طلوع الثريا وإن لم يكن في الحائط
الواحد بعينه أجناس من الثمار مختلفة الطيب لم يبع كل صنف
منها إلا بظهور الطيب وخالفه في ذلك الليث وأما
الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب
البعض وبدو الصلاح المعتبر عند مالك في الصنف
الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء في بعضه لا في
كله إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكرا في بعضه تبكيرا
يتراخى عنه البعض بل إذا كان متتابعا لأن الوقت الذي
تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهة هو إذا بدا أول
الطيب في الثمرة ابتداء متتابعا غير منقطع وعند
مالك أنه إذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع
البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس
واحد وقال الشافعي لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذي
ظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذي
تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا للنوع

الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب
كان من باب بيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهي
المشتري الان لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط طيب
كل ثمرة بل يكفي بعض ثمرة حبة واحدة وهذا الباب لم يغادره
احد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن
المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه
عليه السلام من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب
حتى يسود وذلك ان العلماء اتفقوا على انه لا يجوز
بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لانه بيع ما لم
تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه
مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وابو حنيفة
واهل المدينة واهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع
السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر قياسا
على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور
شيئان الاثر والقياس اما الاثر فما روي عن نافع عن
ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
النخل حتى تزهى وعن السنبل حتى يبيض ويامن من العاهة
نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه مالك من هذا
الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروي
عن الشافعي انه لما بلغته هذه الزيادة رجع عن قوله
وذلك انه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث

واما بيع السنبل اذا افرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع
واما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان
حزما فاما اذا كان مكيلا فجائز عند مالك ولا اعرف فيه قولا
لغيره واختلف الذين اجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون
حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله حبا للمشتري
وقال غيرهم هو على المشتري ومن هذا الباب ما ثبت ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة ومن الاصل حديث ابن عمر
وحديث ابن مسعود وابي هريرة قال ابو عمر وكلها من نقل العدول
واتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا
في التفصيل اعني في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي
لا ينطلق عليها واتفقوا على بعضها وذلك يتصور على وجوه
ثلاثة احدها اما في مثمونين بثمنين او في مثمون واحد بثمنين
او في مثمونين بثمن واحد على ان احد البيعتين قد لزم اما
في مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين احدهما
ان يقول ابيعك هذا الغلام بثمن كذا على ان تبيعني هذه الدار
بثمن كذا والثاني ان يقول له ابيعك هذه السلعة بدينار
وهذه الاخرى بدينارين واما بيع مثمون واحد بثمنين فان
ذلك يتصور ايضا على وجهين احدهما ان يكون احد الثمنين
نقدا والاخر نسيئة مثل ان يقول له ابيعك هذا الثوب
بعشرة نقدا او الى اجل بعشرين والوجه الثالث ان يقول له ابيع
منك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على ان اشتريه منك الى اجل كذا بثمن
كذا واما مثمونين بثمن واحد فمثل ان يقول له ابيعك احد هذين

ثوب بثمن كذا فاما الوجه الاول وهو ان يقول له ابيعك هذه
الدار بكذا على ان تبيعني ذلك الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لا يجوز
لان الثمن في كليهما يكون مجهولا لانه لو افرد المبيعين لم يتفقا في
كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد
واحد واصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن او
المثمون واما الوجه الثاني وهو ان يقول ابيعك هذه السلعة
بدينار او هذه بدينارين على ان البيع قد لزم في احدهما فلا يجوز
عند الجميع وسواء كان النقد واحدا او مختلفا وخالف عبد العزيز
ابن ابي سلمة في ذلك فاجازه اذا كان النقد واحدا وعلة منعه
عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن
ان يختار في نفسه احد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب
ودينار وذلك لا يجوز على اصل مالك واما الوجه الثالث وهو
ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقدا بكذا او نسيئة بكذا فهذا
اذا كان البيع منه واجبا فلا خلاف في انه لا يجوز واما اذا
لم يكن البيع لازما في احدهما فاجازه مالك ومنعه ابو حنيفة
والشافعي لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من
باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب
تحويل احد الثمنين في الاخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة
امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وابي حنيفة من جهة
جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهي عنها وعلة
امتناعه عند مالك سد الذرائع الموجبة للربا لامكان
ان الذي له الخيار قد اختار اولا انفاذ العقد باحد الثمنين

لازما

المؤجل

311

المؤجل او المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك احد الثمنين
للثمن الثاني فكانه باع احد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثمن نسيئة
ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقدا وان كان الثمن غير نقد
بل طعاما دخله وجه اخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا واما اذا
قال اشتري منك هذا الثوب نقدا بكذا على ان تبيعه مني الى اجل فهو عندهم لا يجوز
بالاجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله ايضا
علة جهل الثمن واما اذا قال له ابيعك احد هذين الثوبين بدينار
وقد لزمه احدهما ايهما اختار واخذ قبل الخيار فاذا كان الثوبان من
صنفين وهما مما لا يجوز ان يسلم احدهما في الثاني فانه لا خلاف بين
مالك والشافعي في انه لا يجوز وقال عبد العزيز بن ابي سلمة انه يجوز وعلة
المنع الجهل والغرر واما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند ابي
حنيفة والشافعي واما مالك فانه اجازه لانه يجيز الخيار بعد عقد البيع
في الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك واما من لا يجيزه فيعتبره بالغرر
الذي لا يجوز لانهما افترقا على مبيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون
على ان الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وان القليل يجوز ويختلفون في اشياء
من انواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالقليل
المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك
فقبض الثوب من المشتري على ان يختار فهلك احدهما او اصابه عيب ممن مصيبته
في ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشتري الا ان تقوم البينة
على هلاكه وقيل يفرق في ذلك بين الثياب وما يغاب عليه وبين ما لا يغاب
عليه كالعبيد فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن فيما لا يغاب عليه وهل له
اخذ الباقي فقيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا نذكره في احكام البيوع وينبغي
ان تعلم ان المسائل الداخلة في هذا المعنى هي كلها عند فقهاء الامصار من
باب الغرر واما عند مالك فمنها ما تكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها

حكم

ما يكون من باب الغرر وهو من المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب
وأما نهيه عن الثنيا وعن بيع وشرط فهو وإن كان سببه الغرر فالأشبه
أن يكون في باب البيوعات الفاسدة من قبل الشروط. فصل وأما المسائل
المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار فكثيرة
لكن نحن نذكر منها الأشهر مما يكون كالقانون للمجتهد النظار
مسألة المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف
في بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء
فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا وصف ولا
لم يوصف وهذا أشهر قولي الشافعي وهو المنصوص عند أصحابه
أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل
المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن
أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع
العين الغائبة من غير صفة ثم إذا رآها فإن له الخيار فإن
شاء أنفذ البيع وإن شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من
شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة وعند مالك أنه
إذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعي لا ينعقد البيع
أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب
من غير صفة على شرط خيار الرؤية ووقع ذلك في المدونة وأنكره
عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصولنا وسبب الخلاف
هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس
هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس
بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعي رآه من
الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فإنه

رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هنالك وإن لم تكن له رؤية
وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد
البيع ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة
المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار
النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع
الساج في جرابه ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جو
فهما واحتج أبو حنيفة بما روي عن ابن المسيب أنه قال أصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن
بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة فاشترى
عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة
آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولا بد عند أبي حنيفة
من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة
ما هو غائب غرر ما ومن حيث هو موجود وقت العقد أو معدوم
ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأمونا كالعقار
ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعني إذا كان من القرب
بحيث يؤمن أن يتغير فيه مسألة وأجمعوا على أنه لا يجوز
بيع الأعيان إلى أجل وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بإثر عقد
الصفقة إلا أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع
الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه
مالك في بيع الغائب وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين
ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون منع الدين بالدين من هذا الباب أعني

لما يتعلق من الغرر بعدم التسليم من الطرفين لمعنى باب الربا وقد تكلمنا
في علة الدين بالدين وفي هذا الباب مسألة كان يرى ابن القاسم منها
لا يجوز ان ياخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمرا قد بدا صلاحه ويراه
من باب الدين بالدين وكان اشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين
بالدين ما لم يشرع في قبض شيء منه اعني انه كان يرى ان قبض الاوائل
من الثمار يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين
وهو قول الشافعي وابي حنيفة **مسألة** اجمع فقهاء الامصار
على بيع الثمر الذي يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وان لم يطب جملته معا
واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك
ان البطون المختلفة لا يخلو ان تتصل او لا تتصل فان لم تتصل لم يكن
بيع ما لم يخلق منها اذا اخذ فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الـ
باكور والعصير ثم ان اتصلت فلا يخلو ان تتميز البطون او لا
تتميز فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مرة بعد مرة ومثال
غير المتميز المباطخ والمقاثي والباذنجان والقرع ففي الذي
يتميز ويتصل عنه روايتان احداهما الجواز والاخرى المنع وفي الذي يتصل
ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون والشافعي واحمد
واسحاق في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن اخر وحجة
مالك فيما لا يتميز انه لا يمكن حبس اوله على اخره فجاز ان يباع ما لم
يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه اصله جواز بيع ما لم يطب
من الثمر مع ما طاب لان الغرر في الصفة شبيه بالغرر في عين الشيء
وكانه يرى ان الرخصة هاهنا يجب ان تقاس على الرخصة في بيع الثمر

اعني

اعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده ان من الغرر ما يجوز
لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنه بيع القصيل
بطنا اكثر من واحد لانه لا ضرورة هنالك اذا كان متميزا واما وجه
الجواز في القصيل فتشبيها بالاول وهو ضعيف واما الجمهور
فان هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار
معاومة واللفت والجزر والكرنب فاجاز بيعه مالك اذا بدا
صلاحه وهو استقلاله ورقه للاكل ولم يجزه الشافعي الا مقلوعا
لانه من باب بيع المغيب ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا
في قشره اجازه مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم
هل هو من الغرر المؤثر في البيوع ام ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا
على ان الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير
والذي تدعو اليه الضرورة او ما جمع الامرين ومن هذا الباب
السمك في الغدير او البركة اختلفوا ايضا فيه فاجازه ابو حنيفة
ومنعه مالك والشافعي فيما احسب وهو الذي تقتضي اصولهما
ومن ذلك البيع الآبق اجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق
منهم الشافعي وفصل مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم
الموضع عند البائع والمشتري جاز ولكنه اشترط ان يكون
معلوم الاباق ونهى ان ينقد الثمن اعني انه لا يقبضه البائع
حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين سلف وبيع وهذا
اصل من اصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب
غير المامون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال يجوز بيع
الآبق والبعير الشارد عثمان البتي واحتج للشافعي بحديث شهر بن

حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء
العبد الآبق وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها
وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا
كان ما يحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة
قال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب ومن
هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه
مالك إلا أن يكون ميؤوسا منه ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وفي رواية
أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فأجاز مالك بيع
تراب المعدن بنقد بخلافه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع ال
شافعي البيع في الأمرين جميعا وأجازه قوم في الأمرين جميعا وبه قال
الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل
بالكيفية فإنهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل والموزون
أو المعدود أو الممسوح إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري
واتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم
أو الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم
الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموز
ونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقدار هذه الأشياء
الذي يكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف
يجوز في أشياء ويمنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك أنه
يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهي عنده على
صنفين منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلة والمو
زونة ومنها ما أصله الجزاف ويجوز مكيلا وهي الممسوحة

كالأرضين

كالأرضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيه التقدير أصلا بالكيل والوزن
بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وذلك كل ما المقصود
منها آحادها أعيانها وعند مالك أن التبر والفضة غير المسكوكين يجوز
بيعها جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة
والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة
على الكيل في كل كيل منها بكذا فما كان منها من الكيل وقع من
تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها ومنعه الشافعي وقال
أبو حنيفة لا يلزم إلا في كيل واحد وهو الذي سمياه ويجوز هذا
البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو
حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما
أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عند مالك أن يصدق المشتري
البائع في كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة لأنه يتهمه أن يكون صدقه
لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك فيها حتى يكتالها المشتري
لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان
وإجازته قوم على الإطلاق وممن منعه أبو حنيفة والشافعي وأحمد
وممن أجازه بالإطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز
عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن
يجهل الكيل ويجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزابنة
المنهي عنها هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية
بمجهول الكمية وذلك إما في الربويات فلموضع التفاضل
وأما في غير الربويات فلعدم تحقق الغرر الثالث في
بيوع الشروط والثنيا وهذه البيوع الفاسدة التي يكون
فيها هو راجع للفساد الذي يكون من قبل الشروط ولكن لما تضمنها

اقسام

التي من جهة ان يدخل فسادا وفصل البيوع الفاسدة على جهة واما اصل
في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة احاديث احدها حديث
جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره
الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح والحديث الثاني حديث بريرة وفيه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس في كتاب الله فهو
باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته والثالث
حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة
والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو ايضا
في الصحيح خرجه مسلم ومنها في هذا الباب ما روي عن ابي حنيفة
انه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فاختلف
العلماء لتعارض هذه الاحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع
فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعي وابو
حنيفة وقال قوم الشرط جائز والبيع جائز وممن قال بهذا
القول ابن شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال
بهذا القول ابن ابي ليلى وقال احمد البيع جائز مع شرط واحد
فاما مع شرطين فلا فمن ابطل البيع والشرط اخذ بعموم نهيه
عن بيع وشرط وبعموم نهيه عن الثنيا ومن اجازهما جميعا اخذ
بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع مع الشرط ومن اجاز البيع وابطل
الشرط اخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين واجاز الواحد
احتج بحديث عمرو بن العاصي خرجه ابو داود قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح
ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك واما مالك فالشروط عنده
تنقسم ثلاثة اقسام شروط تبطل هي والبيع معا وشروط تجوز هي

والبيع

والبيع معا وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا
وهو ان من الشروط ما ان تمسك المشترط بشرطه فسد البيع وان تركه جاز
البيع واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير
وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هي راجعة الى كثرة ما يتضمن الشرط
من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى
التوسط بين ذلك او الى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الاشياء
فيه كثيرا من قبل الشرط ابطله وابطل الشرط وما كان قليلا اجازه
واجاز الشرط وما كان متوسطا ابطل الشرط واجاز البيع ويرى
اصحابه ان مذهبه اولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث
كلها والجمع عندهم احسن من الترجيح وللمتأخرين من اصحاب
مالك في ذلك تفصيلات متقاربة واحد من رام في ذلك حصره
المازري والباجي وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع
يقع على ضربين اوليين احدهما ان يشترط بعد انقضاء الملك مثل
من يبيع الامة او العبد ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون
المشتري فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة
والقسم الثاني ان يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك وهذا قالوا
ينقسم الى ثلاثة اقسام اما ان يشترط في المبيع منفعة لنفسه واما
ان يشترط على المشتري منعا من تصرف عام او خاص واما ان يشترط
ايقاع معنى في المبيع وهذا ايضا ينقسم الى قسمين احدهما ان يكون
معنى من معاني البر والثاني ان يكون معنى ليس فيه من البر شيء فاما
اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في اصل المبيع
مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة
فذلك جائز على حديث جابر واما ان يشترط منعا من التصرف خاصا
او عاما فذلك لا يجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يطأها ولا يبيعها

أولى

واما ان اشترط معنى من معاني البر مثل العتق فان كان اشترط التعجيل
جاز عنده وان تاخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك في اجازة البيع بشرط
العتق المعجل قال الشافعي على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر
عنده مختلف في اللفظ لانه في بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة
وفي بعضها انه اعاره ظهره ومالك يرى ان هذا صرح في الغرر اليسير
فاجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة واما ابو حنيفة فعلى
اصله في منع ذلك واما ان اشترط معنى في المبيع ليس بيسير مثل ان
يبيعها فهذا لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل
يبطل الشرط فقط واما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على
المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف
ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف في المذ
هب هل يجوزه الاجل [illegible] فلا بيع فيتحصل
عنده ما يفسخ من البيوع ومن راى انه يفسخ فرق بينها وبين البيع
واختلف ايضا فيمن باع شيئا بشرط ان لا يبيعه حتى ينتصف
من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لانه حكمه حكم الرهن ومن [illegible]
في ذلك الا ان يكون الرهن هو المبيع او غيره وقيل عن ابن القاسم
لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة
البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع
صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الايام القصيرة ومن المسموع
من هذا نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق العلماء على انه
من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه ابو
حنيفة والشافعي وسائر العلماء واجازه مالك واصحابه الا محمد بن
عبد الحكم وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي
يتضمن فساد المنهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لاقتران السلف

به

به وروي ان محمد بن احمد بن سهل البركي سأل عن هذه المسألة اسماعيل
بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع
غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال انا ادع الزق قال وهذا
البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فاجابه عن هذا اسماعيل
بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف
هو مخير في تركه او لا تركه وليس كذلك مسألة زق الخمر وهذا الجواب
هو نفس الشيء الذي طولب به بالفرق وذلك انه يقال له لم كان
هنا مخيرا في ان يترك الزق ويصح البيع ولا يشبه ان يقال ان التحريم
ها هنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح
وانما وقع التحريم من اجل الاقتران اعني اقتران البيع به وكذلك
البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهناك
لذا انما امتنع من اجل اقتران شيء محرم لعينه به لا انه شيء
حرم من قبل الشرط ونكتة المسألة هل اذا لحق الفساد بالبيع
من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط او لا يرتفع كما لا
يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من اجل اقتران المحرم
العين وهذا ايضا ينبني على اصل اخر وهو هل هذا الفساد
حكمي او معقول فان قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان
قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا
والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيوع
الربا والغرر هو اكثر ذلك حكمي وليس ينعقد عندهم اصلا
وان ترك الربا بعد البيع او ارتفع الغرر واختلفوا في حكمه اذا

ووقع على ما يستثنى في احكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب
بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكي عن قوم
من التابعين انهم اجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحارث وزيد
بن اسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئا فيدفع الى البائع من ثمن ذلك
الشيء شيئا على انه ان نفذ البيع بينهما كان المدفوع من ثمن السلعة
وان لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه
به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة
واكل المال بغير عوض وكان زيد يقول اجازه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال اهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة
من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها اعني هل تدخل تحت
النهي عن الثنيا ام ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا
ويستثني ما في بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وابو
حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال احمد وابو
ثور وداود ذلك جائز وهو مروي عن ابن عمر وسبب
الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثني منه ام ليس
بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لا يجوز
وهو من الثنيا المنهي عنها لما فيه من الجهل بصفته وسلامة
خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع اجاز ذلك
وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه
انه لا يخلو ذلك البعض ان يكون مغيبا مثل الجنين او يكون غير

مغيبا

317

مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد و
الرجل فلا يخلو ان يكون الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه
او لا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فلا يجوز لانه لا يجوز ان
يبيع احد غلاما ويستثني رجله لان حقه غير متميز ولا منتفع
به الا مع الاخلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فباع
واستثنى منه عضوا له قيمة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان
احدهما انه لا يجوز وهو المشهور والثاني يجوز وهو قول ابن
حبيب وجوز بيع الشاة مع استثناء الاكارع والرأس واما
اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب
ووجه قول مالك انه ان كان استثناه بجلده فهو تحت
الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدرى باي صفة
يخرج بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى
عضوا معينا معلوما علم بجودة ما عليه من الجلد اصله
شراء الحب في سنبله والجوز في قشره واما ان كان المستثنى
من الحيوان ان يشترط الذبح اما عن جلد واما ملفوفا به جزءا مشاعا
مثل الربع من جزور فعن مالك في ذلك روايتان احداهما المنع
وهي رواية ابن وهب والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط
وهي رواية ابن القاسم واجمعوا من هذا الباب على بيع الرجل
ثمر حائطه واستثناء نخلات معينة منه قياسا على
جواز شراء ذلك واتفقوا على انه لا يجوز ان يستثني من حائطه عدة
نخلات غير معينة الا بتعيين المشتري لها بعد البيع فمنعه الجمهور
لمكان اختلاف صفات النخيل وروي عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم

قوله في الفلاة وإجازته في استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك
وابن القاسم في شراء ثمرة حائط على أن يبيعها بعد
شراء المشتري فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا
إذا استثنى البائع مكيلة من حائط فقال أبو عمر بن عبد البر
جمهور الفقهاء الأمصار وأهل الحديث من علماء العراق والحجاز
الكثير على منع البيع لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا في البيع
لأنه استثناء مكيل من جزاف وأما مالك وسلف من أهل
المدينة فإنهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه
وحملوا النهي عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ما
عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع
جزافا ويستثنى منها كيل ما وهذا الأصل أيضا مختلف فيه
أعني إذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا
الباب في بيع وإجارة معا في عقد واحد فأجازه مالك
وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي لأن الثمن يكون
أنه حينئذ مجهولا ومالك يقول إذا كانت الإجارة
معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه
من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف
والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في إجازة السلف
والشركة فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف
العلماء فيها لاختلافهم في هل الأقل والأكثر في وجود علة المنع
فيها المنصوص عليها هل تقوى عنده علة المنع أو إجازتها وذلك
راجع إلى ذوق المجتهد لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضدين

على السواء

على السواء عند النظر فيها ولعل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل
مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل إلى التخيير الباب
[illegible] البيوع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغش والمسموع من هذا الباب ما ثبت
من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم على سوم أخيه
ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معناه
فهي إنما اختلفوا فيما ليس ... وقال مالك معنى قوله عليه السلام لا يبيع بعضكم على
بيع بعض ونحو معنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه وهي الحالة التي إذا ركن
البائع فيها إلى السائم ولم يبق بينهما إلا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة
منها وبمثل تفسير مالك فسر هذا الحديث أبو حنيفة وقال الثوري معنى لا يبع بعضكم على بيع بعض
أن يأتي الرجل إلى الرجل قد اشترى سلعة فيقول عندي خير من هذه السلعة ولم يحد وقتا
ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحدهما
يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا بناء على مذهبه في أن البيع إنما يلزم
بالافتراق فهو على مذهبه إنما يتناول حالة في زمن لزوم البيع
ومختلفون في هذه الحالة هو لاختلافهم فيما به يكون اللزوم في البيع على ما سنذكره
بعد وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره وإن وقع مضى لأنه سوم على بيع لم يتم
وقال داود وأصحابه إن وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكا بالعموم وروي عن مالك
وأصحابه فقال يفسخ ما لم يفت واتفق المحتسبون ذلك في البيع قال وإنما قال ذلك
لأن ذلك في النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم
أحد على سوم غيره فقال الجمهور لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره وقال
الأوزاعي لا بأس بالسوم على سوم الذمي لأنه ليس أخا المسلم وقد قال صلى
الله عليه وسلم لا يسم أحدكم على سوم أخيه ومن هذا الباب منع قوم بيع
المزايدة وإن كان الجمهور على جوازه وسبب الخلاف هل يحمل
هذا النهي على الكراهة أو الحظر ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل
على جميع الأحوال أو في حالة دون حالة فصل وأما النهي
عن تلقي الركبان فإنهم اختلفوا في مفهوم النهي ما هو فرأى مالك
أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص

السلعة دون اهل الاسواق ورأى انه لا يجوز ان يشتري احد سلعة
حتى يدخل السوق هذا اذا كان التلقي قريبا فان كان بعيدا فلا باس
به وحد القرب في المذهب بنحو ستة اميال ورأى انه اذا وقع جاز
ولكن يشترك المشتري بها اهل الاسواق في تلك السلعة التي من شانها
ان يكون ذلك سوقها واما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي انما
هو البائع لئلا يغبنه المتلقي لان البائع يجهل سعر البلد وكان
يقول اذا وقع فرب السلعة بالخيار ان شاء انفذ البيع او رده
ومذهب الشافعي هو نص في حديث ابي هريرة انه قال عليه
السلام لا تلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئا فاشتراه فصاحبه
بالخيار اذا اتى السوق خرجه مسلم وغيره فصل واما
نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي فاختلف
العلماء في معنى ذلك فقال مالك لا يبيع اهل الحضر
لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه في شراء
الحاضر للبدوي فمرة اجازه وبه قال ابن حبيب ومرة
منعه واهل الحضر عندهم اهل الامصار وقد قيل عنه
انه لا يجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين
وبمثل قول مالك قال الشافعي والاوزاعي وقال
ابو حنيفة واصحابه لا باس ان يبيع الحاضر للبادي
ويخبره بالسعر وكره مالك ان يخبر الحاضر
البادي بالسعر واجازه الاوزاعي والذين منعوه
اتفقوا على ان القصد بهذا النهي هو ارفاق اهل الحضر

لان

لان الاشياء عند اهل البادية ايسر من اهل الحاضرة وهي
عندهم ارخص بل اكثر ما يكون مجانا اعني عندهم وبهذا
تمسك في جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث
جابر خرجه مسلم وابو داود قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يبع حاضر لباد ذروا الناس يرزق
الله بعضهم من بعض والاشبه ان يكون من باب غبن
البدوي لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه
الزيادة ويكون على معنى الحديث معنى النهي عن تلقي الركبان
على ما تاوله الشافعي وجاء في الحديث الثالثة [illegible]
اختلفوا اذا وقع فقال الشافعي اذا وقع فقد تم
وجاز البيع لقوله عليه السلام دعوا الناس يرزق الله
بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى اصحاب مالك فقال
بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ واما نهيه عليه
السلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وان
النجش هو ان يزيد احد في سلعة وليس في نفسه
شراؤها يريد بذلك ان ينفع البائع ويضر المشتري و
اختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال اهل الظاهر هو
فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشتري
بالخيار ان شاء ان يرد وان شاء ان يمسك وقال
ابو حنيفة والشافعي ان وقع اثم وجاز البيع وسبب الخلاف

هل يتضمن النهي فساد المنهي وإن كان النهي ليس في نفس الشيء
بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال
ليس يتضمن أجازه والجمهور على أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي
عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر
وإذا ورد لأمر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل
في هذا الباب نهيه عليه السلام عن بيع الماء لقوله عليه
السلام في بعض ألفاظ النهي أنه نهى عن بيع فضل الماء
ليمنع به الكلأ قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن منع فضل
الماء ليمنع به الكلأ وقال لا يمنع رهو بير ولا نقع ماء
واختلف العلماء في تأويل هذا النهي فحمله جماعة من العلماء
على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من ماء بير أو غدير
أو عين أو سيل في أرض مملكة أو غير مملكة غير أنه إن كان
متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى
قال أربع لا أرى أن يمنعن الماء والنار والحطب والكلأ
وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها
وهو أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفس منه كما قال عليه
السلام وانعقد عليه الإجماع والذين خصصوا هذا النهي اختلفوا
في جهة تخصيصه فقال مالك معنى ذلك أن البير تكون بين الشريكين يسقي
هذا يوما وهذا يوما فيزرع أحدهما في بعض يومه ولا يزرع في بعض الأيام الذي للشريك
بل له زرع فيجب عليه ألا يمنع الشريك من بقية ذلك اليوم وقال بعضهم إنما
تأويله الذي يزرع على ماء بير فتنهار بيره ولجاره فضل ماء أنه ليس
لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بيره و

الزرع فيصلح بيره والتأويلان قريب ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق في هذين الحديثين
على المقيد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن بيع فضل الماء فحملوا المطلق
في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين وأما مالك فأهل
من هذه البيار متى كان في أرض متملكة مبيعة فهو لصاحب الأرض يبيعه ويمنعه
إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي
تحفر في الأرض غير المتملكة ورأى أن حافرها أحق الناس بها حتى يروي فإذا أروى
ماشيته ترك الفضل للناس وكأنه رأى أن البير لا يتملك بالإحياء ومن البيوع التفرقة
بين الوالدة وولدها وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة بين الأم وولدها لثبوت قوله
عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة
واختلفوا من ذلك في مواضع منها في حد جواز التفرقة وفي حكم البيع إذا وقع فأما
حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي يفسخ وأبو حنيفة لا يفسخ ويأثم البائع والمشتري
وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المنهي إذا كان لعلة من خارج وأما الوقت
الذي ينتقل فيه المنع إلى الجواز فقال مالك حده الإثغار وقال الشافعي حده سبع
سنين أو ثمان وقال الأوزاعي حده فوق عشر سنين وذلك إذا نفع نفسه واستغنى
في حياته عن أمه وقطع من الحاضنة إذا وقع في البيع غبن لا يتغابن
الناس بمثله هل يفسخ أو لا فالمشهور في المذهب أنه لا يفسخ وقال عبد الوهاب
إذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعل الخيار عليه السلام
لصاحب الجلب إذا تلقي خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك جعل لمنقذ
بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له أنه يغبن في البيوع وإن وقع من السلف الأول
أن حكم أبو الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوعا وفي الكل في الحل

الباب السادس

في النهي من قبل وقت العبادات وهذا إنما ورد في الشرع في وقت وجوب السعي
إلى الجمعة فقط لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة
فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعني
منع البيع عند الأذان الذي يكون بعد الزوال والإمام على المنبر واختلفوا في
حكمه إذا وقع هل يفسخ أو لا يفسخ وإن فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق
سائر العقود في هذا المعنى بالبيع أو لا يلحق فالمشهور عن مالك أنه يفسخ

وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وسبب الخلاف كما قلنا
غير مرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي أو لا
يقتضيه. وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من
لا تجب عليه. وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع
وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع لأن فيها المعنى الذي في البيع
من الشغل عن السعي إلى الجمعة ويحتمل أن لا تلحق بها لأنها تقع في هذا الوقت
نادرا بخلاف البيوع. وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة
الندب لمن لم يفته الوقت فإذا فات فبعض جهة الحظر وإن كان لم يقل به أحد
فيما علمت ولذلك مدح الله تعالى تاركي البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى رجال لا
تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة. انقضى
القسم الأول وإذ قد أثبتنا أسباب الفساد العامة للبيوع فلنذكر الآن
ذكر الأسباب والشروط المصححة للبيع وهي بالجملة ضد الأسباب
المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس النظر الأول في العقد والثاني في
المعقود والثالث في العاقد. ففي هذا القسم ثلاثة أبواب الباب الأول
في العقد. والعقد لا يصح إلا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل
أن يقول قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت منك وإذا قال المشتري بعني سلعتك
بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن
يأتي في ذلك بعذر. وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت
وكذلك إذا قال المشتري للبائع بعني سلعتك فقال بكذا وكذا فقال قد
اشتريت منك اختلفوا هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك. وعند
الشافعي أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لمالك
قولا ولا ينعقد عند الشافعي بالمعاطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب
أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى
يفترق المجلس أعني أنه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت
المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم
ذلك البائع. واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأ
صحابهما وطائفة من أهل المدينة إن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم

الصحيحة

الباب

يفترقا

يفترقا وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر البيع لازم بالا
فتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول
ابن أبي ذئب من فقهاء المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح
القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروي عن ابن عمر وأبي برزة الأ
سلمي من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار
المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار وفي بعض
روايات هذا الحديث إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث إسناده
عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الا
سناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد وأما المخالفون فقد اضطربوا
في وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذي اعتمد عليه مالك رحمه
الله في رده العمل به أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه عارضه عنده ما رواه
من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال أيما بيعين تبايعا فالقول قول
البائع أو يترادان فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضي أن يكون في المجلس
وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين
حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بعد الافتراق من المجلس
وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم
العموم فيه والأولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث رحمه الله في ترك العمل بهذا
خيار المجلس فهذا هو الذي اعتمده مالك على ظواهر سمعية وعلى
الحديث وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا أوفوا
القياس فمن أظهر الظواهر في ذلك
بالعقود والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب وخيار المجلس
يوجب ترك الوفاء بالعقد لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا
وأما القياس فإنهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس أثر فيه أصله سائر
العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما

الإسناد

أنعم

فيرى ان الظواهر التي يحتج بها تخصصها الحديث المذكور ولم يبق له في مقابلة
الحديث الا القياس فيلزم من يحمل على هذا ان يكون ممن يرى تغليب القياس على الاثر
وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روي عن مالك تغليب القياس
على السماع مثل قول ابي حنيفة فاحتجوا على رد هذا الحديث من باب رد
الحديث بالقياس ولا تغليبهم وانما هو من باب التاويل وصرفه عن ظاهره
فالوا تاولوا ان الخيار هو بالقياس متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولكن
فيه تاويلان احدهما ان المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان
لم ينعقد بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه
معلوم من دين الامة انهما بالخيار الى ان يقع بينهما عقد بالقول واما
التاويل الاخر فقالوا ان التفرق هاهنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول
لا التفرق بالابدان كما قال تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته والاعتراض
على هذا ان هذا مجاز والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان
يقابل بين الظاهر والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي
النوع فهذه هي اصول الركن الاول الذي هو العقد **واما الركن الثاني**
الذي هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد
تقدم المختلف في هذا من المتفق عليه واسباب الاختلاف في ذلك
ولا معنى لتكراره والغرر ينتفي عن الشيء بان يكون معلوم الصفة معلوم
القدر مقدورا على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل
ايضا ان كان بيعا مؤجلا **واما الركن الثالث** وهما العاقدان
فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامي الملك او وكيلين تامي الملك
وبالغين وان يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على احدهما اما لحق
انفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه او لحق الغير كالعبد الا ان يكون
العبد ماذونا له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل
ينعقد اولا وصورته ان يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضي به صاحب
المال مضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه
على انه ان رضي المشتري صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعي

الوجهين جميعا واجازه مالك في الوجهين وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال
يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
لم يامره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصارت الحجة على ابي حنيفة
في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الامرين جميعا **و**عمدة الشافعي
النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده واما المالكية فحملوه على بيعه لنفسه
لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهي الوارد في حكيم بن حزام وقصته
مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده **و**سبب الخلاف
المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهي على سبب حمل على سببه او يعم فهذه
هي اصول هذا القسم وهي الجملة والنظر في هذا القسم هو منظور بالغرار في
الجزء الاول ولا مر النظر الصناعي الفقهي يقتضي ان يذكر بالتكلم فيه وان افرد
تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنتصرف الى القسم الثالث وهو القول
في الاحكام العامة في البيوع الصحيحة **القسم** الثالث القول في الا
حكام العامة في البيوع الصحيحة وهذا القسم ينحصر اصوله التي لها
علق قريب من المسموع في اربع جمل الجملة الاولى في احكام وجود العيب في المبيعات
والجملة الثانية في الضمان في المبيعات هل ينتقل من ملك البائع الى ملك المشتري
والثالثة في معرفة الاشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من
التي لا تتبعها والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية
وكذلك ايضا من احكام البيوع عند الاستحقاق وكذلك الشفعة هي ايضا من احكام
العارية ولاكن جرت العادة ان تعود لها كتب **الجملة الاولى** وهذه
الجملة فيها بابان الباب الاول في احكام وجود العيوب في البيع بشرط البراءة
الباب الاول في احكام العيوب في البيع المطلق والاصل في وجوب الرد بالعيب
قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم
بالعيب لا يخلو ان يقوم في عقد يوجب الرد او لا يقوم في عقد يوجب الرد
وان قام في عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضا ان يقوم بعيب يوجب حكما او لا يوجبه
وان وقع في عقد يوجب حكما فلا يخلو ايضا المبيع من ان يكون قد حدث فيه تغير بعد
البيع او لا يكون ثم ان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فكم اصناف التغييرات

الباب الثاني

وأما أحكامها فإن الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة الفصل الأول في معرفة
العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب فيها الثاني في معرفة
العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها الثالث في معرفة
حكم البيع الموجب إذا كان المبيع لم يتغير الرابع في معرفة أصناف التغيرات
الحادثة عند المشتري وحكمها الخامس من الفصل وهو القضاء عند اختلاف
المتبايعين وإن كان أليق بكتاب الأقضية **الفصل** الأول من الباب الأول أما
العقود التي يجب فيها العيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة
كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب
فيها كالهبة لغير الثواب والصدقة **وما** بين هذين الصنفين من العقود أعني
ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالأظهر في المذهب أنه لا حكم
فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مفسدا **الفصل**
الثاني وفي هذا الفصل النظر في جنسين أحدهما في العيوب التي توجب الحكم والثاني في الشرط
الموجب له فأما العيوب التي توجب الحكم فمنها عيوب في النفوس ومنها عيوب
في الجسم وهذه منها ما هي عيوب بأن يشترط أضدادها في المبيع وهذه هي
التي يعرض منها نقص عن أصل الخلقة وأما العيوب الأخر فهي التي أضدادها كمالات
وليس فقدها نقصا مثل الصنائع وإنما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس وقد
يوجد في أحوال الجسم الأول والعيوب الجسمانية منها ما هي في أجسام ذوات
الأنفس ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس والعيوب التي لها تأثير في العقد هي
ما عند التجار ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن
المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص فربما كان النقص في الخلقة
فضيلة في الشرع كالخفاض في الإماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني
في شيء مما يتعامل به الناس وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من
هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس
الفقيه يقوم مقام القانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا لمن
تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا في العبد اختلف
العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب
وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة والزوج الذي هو العفة والزواج

تذكر

عند الكل

عند الكل عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدبر وذلك أن العيب
في الخلقة ما يعاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون
من خارج وقال الشافعي ليس الدبر ولا الزوج عيبا فيهما أعني الحسب والحمل في الأمة عيب
عند الكل وكونه عيبا في الوخش خلاف في المذهب والتصرية عند مالك والشافعي عيب
وهو حقن اللبن في الثدي أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث
المصراة المشهور وهو قوله عليه السلام لا تصروا الإبل والغنم فمن فعل ذلك فهو بخير
النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فأثبت له الخيار بالرد
مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فإنه تدليس مثل العيوب
وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا لاتفاقهم على أن الإنسان إذا اشترى شاة
فوجد لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة لا يوجب عملا لمفارقته الأصول
وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه فمنها أنه معارض لقوله عليه السلام الخراج بالضمان
وهو أصل متفق عليه ومنها أن فيه معاوضة بيع طعام بطعام نسيئة وذلك
لا يجوز باتفاق ومنها أن الأصل في المتلفات إما القيم وإما المثل وإعطاء صاع من تمر في لبن
ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول في الجزاف بالمكيل المعلوم لأن اللبن الذي دلس به
البائع غير معلوم القدر وأيضا فإنه يقل ويكثر والعوض هاهنا محدود ولكن الواجب
أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث وهذه كلها ليس من هذا
الباب وإنما هو حكم خاص ولكن لما أشار إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول أنه لا خلاف
عندهم في العور والعمى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة والشيب في المذهب عيب
في الرائعة وقيل لا بأس باليسير منه فيها والاستحاضة عيب في الرقيق والوخش وكذلك
ارتفاع الحيض هو عيب في المشهور من المذهب والعسر عيب وأمراض الحواس والأعضاء
عيب كلها باتفاق وبالجملة فالأصل عندهم أن كل ما أثر في القيمة أعني نقص منها فهو
عيب والبول في الفراش عيب وبه قال الفقهاء بعير وقال أبو حنيفة يرد به الجارية ولا يرد
به العبد والتأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب هذه كلها في المذهب وإنما ذكرنا
فيه الاختلاف وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد
التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها فيجب أن نذكر هاهنا اختلاف الفقهاء في العهدة
فنقول انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار وسلفه في ذلك أهل
المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري

أما الغنم

في الرائعة كذ

هو من البايع وهي عند القايلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وفي الك من جميع العيوب
الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون
فما حدث في السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البايع وما حدث من غير هذه من العيوب
كان من ضمان المشتري على الاصل وعهدة الثلاث عند ابن الكنانة بمنزلة ايام الخيار وايام الا
ستبراء والنفقة فيها والضمان واقعة في اضعاف النوع في الا الفصو منه المماكسة
والمحاكرة وكان يبطلها في الذمة هذا اما الاختلاف فيه في المذهب وعهدة السنة فعند
عنه بعد عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا اهو
الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال بعض الشيعة لا تتداخل عهدة مهما
مع ثانية بعهدة الاستبراء ولا عهدة الثلاث في عهدة السنة واختلف ايضا
عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير ان يحمل اهلها عليها او روي عنه الوجهان
وان قيل لا تلزم اهل البلد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها
اهل كل بلد او لا قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث ان اشترطه ويلزم
في عهدة السنة والعلة في ذلك انه لم يكمل تسليم المبيع فيها للبايع فيشابه بيع الخيار
فيتردد النقد فيهما بين التسليف والبيع فهذه كلها مشهورات احكام العهدة في مذهب
المالكيين كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلنرجع الى تقرير المثبتين لها والمبطلين
اما عمدة مالك رحمه الله تعالى في العهدة فحجته التي عول عليها فهو عمل اهل المدينة
واما اصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة ايام وروي ايضا لا عهدة بعد اربع وروى هذا الحديث ايضا
الحسن عن سمرة وكلا الحديثين عند اهل العلم بالنقل معلول لانهم اختلفوا في سماع الحسن
عن سمرة وان كان الترمذي قد صححه واما الشافعي وفقهاء الامصار فلم يصح عندهم في العهدة
اثر ورأوا انها مخالفة للاصول وذلك ان المسلمين مجمعون على ان كل مصيبة تنزل بالمبيع
بعد قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت
ولهذا ضعف عند مالك في احدى الروايتين ان يقضى بها في كل بلد الا ان يكون ذلك
عرفا في البلد او يشترطه وقد صحت عهدة السنة وانه لم يات في ذلك اثر وروى الشافعي
عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيهما
امرا سالفا واذا قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكما من التي لا توجب وتقرر
الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثا قبل البيع او في العهدة عند من يرى العهدة فلننظر

الفصل الثالث

الما يبقى واما وجود العيب فان لم يتغير المبيع بشيء من
العيوب عند المشتري فلا يخلو ان يكون في عقار او في عرض او في حيوان فان كان في حيوان
فلا خلاف ان المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شيء له واما ان كان في
عقار فقال الك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان يسيرا لم يجب الرد
ووجب له قيمة العيب وهو الارش قال وان كان كثيرا وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب
اصحابه ولم يفصل البغداديون بين هذا التفصيل واما العروض فالمشهور في المذهب انه ليس
في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه
ابن رزق شيخ جدي رحمة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض
وهذا الذي قاله بين ومن تبع في فرق العيب الكثير والقليل في الاصول اعتمد ان يفرق في ذلك ايضا
في العروض والاصل في كل ما حاد عن القيمة انه يجب به الرد وهو الذي تعليه عندنا الا مصار والذي
لم يقل البغداديون فيما احسب على التفرقة التي فيلتفت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان انه
لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير الا قلنا ان المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ

فصل

ثمنه او يمسك ولا شيء له فان اتفقا على ان يمسك المشتري سلعته ويعطيه قيمة العيب
فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن شريح من اصحاب الشافعي وانه قال ليس لهما ذلك
لانه خيار في مال فلم يكن لهما اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط
لان ذلك حق للمشتري فله ان يستوفيه او ان يأخذ عنه عوضا والاخلاف فيه وفي الباب وفي
من خيار الشفعة تشاهد لنا فان لم تكن ان يأخذ عنه عوضا في صفقة واحدة
مشهور فيما التبعيض احد محققا هل اذا اشترى المشتري انواعا من المبيعات في صفقة واحدة
احدهما عيبا هل يرجع بالجميع او بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس له الا ان يرد الجميع او يمسك
وبه قال ابو ثور والاوزاعي الا ان يكونا قد سمى لكل واحد من تلك الانواع من القيمة وبه قال احمد الاخلاف
فيه لا يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن والك
بالتقدير وممن قال بهذا القول الثوري وغيره وروي عن الشافعي القولان معا وفرق مالك
فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة
رده بقيمته وقال ابو حنيفة ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجد بعد
القبض رد المبيع بحصته من الثمن فهذه اربعة اقوال وحجة من منع التبعيض ان المرد ورجع
بها بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبايع وكذلك الذي يبقى بقيمة لم يتفقا عليه ولكن انه لو حصل
الصفقة لم يشتر البعض بالقيمة التي قيم بها وان تقييم الكل بين ما هو وجه الصفقة
وجوهر فلا يستحق منه لانه ان كان ذلك المعيب اذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير

المبيع

منوزة الا بما في الثمن الذي افتح به ارادة المشتري والبايع واما عندما يكون مقصودا وجل المبيع
في معظم الثمن فذلك واختلفوا عنه فقيل يعتبر تاثير العيب في قيمة الجميع او قيمة المعيب
خاصة واما حجة من راى الرد وان يرد البعض المعيب فلانه موضع ضرورة فاشبه فيه المعلوم
بقدر الى خلافها اسا على ان ما حدث في المبيع فليس فيه الا القيمة واما من فرق ابو حنيفة بين
ان يقبض او لا يقبض فلان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فهو
عنده من البايع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب **واما المسئلة**
الثانية فانهم ايضا اختلفوا في رجلين يبتاعان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان
به عيبا فيريد احدهما الرجوع ويابى الاخر فقال الشافعي لمن اراد الرد ان يرد وهو رواية
ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن اوجب الرد شبهه بالصفقة المفترقة فيهما لانه قد اجتمع فيها
عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد فيها المشتري تبعيض رد المبيع بالعيب
الفصل الرابع واما ان تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب الا بعد تغيره فالحكم
في ذلك يختلف عندهم بحسب التغير اما ان تغير بموت او فساد او عتق فاتفق فقهاء
الامصار على انه فوت ويرجع المشتري على البايع بقيمة العيب وقال عطاء بن ابي رباح لا يرجع
في الموت والعتق بشيء وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فاولدها وكذلك التدبير عندهم
وهو القياس في الكتابة واما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال ابو حنيفة والشافعي
اذا باعه لم يرجع بشيء وكذلك قال الليث واما مالك فله في البيع تفصيل وذلك انه لا يخلو
ان يبيعه من بايعه منه او من غير بايعه فان لم يخلو ايضا ان يبيعه بمثل الثمن او اقل او اكثر فان باعه
من بايعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب واما ان باعه باقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب
وان باعه باكثر من الثمن نظر فان كان البايع الاول مدلسا لم يرجع الاول على الثاني
بشيء وان لم يكن مدلسا رجع الاول على الثاني بالثمن والثاني على الاول ايضا وينفسخ البيعتان ويعود
المبيع الى ملك الاول فان باعه من غير بايعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمته مثل قول ابي
حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له ان يرجع بقيمة العيب وقال اشهب يرجع بالاقل من
قيمة العيب او بقيمة الثمن هذا اذا باعه باقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل
الثمن او اكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وابي حنيفة انه
اذا باعه بمثل الثمن او اكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وابي حنيفة
انه اذا فات بالبيع فقد اخذ عوضا فيه من غير ان يعتبر تاثير العيب في ذلك العوض الذي
هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البايع الاول بلا خلاف
ووجه القول الثاني تشبيه البيع بالعتق ووجه قول اشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع
لم يكن له الا امساكه او الرد للجميع فاذا باعه فقد اخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص

الا ان يكون اكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب او تصدق رجع بقيمة العيب وقال ابو حنيفة
لا يرجع لان هبته او صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضا منه بذلك فليس الا هي فيكون
رضاه بالصدقة هو العيب ارق واحسن من ذلك واما مالك فقاس الهبة على العتق وقد كان القياس
ان لا يرجع بشيء من ذلك الا ان اقالة ولم يحتمل ذلك لان اجماعهم على انه اذا كان ردا بيده فليس
له الا الرد او الامساك فيلزم على قولهم انه ليس للعيب تاثير في اسقاط شيء من الثمن واما التغير في المبيع
البيع فقط واما العقود التي يتعقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك
اصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال اشهب
اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم اولى والاجارة
الثوب عند الغير كالبيع وانما فوت عند هؤلاء الاقوال التي ذكرنا على المبيع من العقود الحادثة
فيها واما شكلها **باب في حكم النقصان** واما النقص على المبيع فحدث عندهم فلا يخلو
ان يكون النقص في قيمته او في البدن او في النفس فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق
فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع واما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيرا غير مؤثر في
القيمة فلا تاثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي لم يحدث وهو نص مذهب مالك وغيره واما
النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فان الفقهاء اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال احدها انه ليس
له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك الا ان يقبله البايع من الرد وبه قال الشافعي
في قوله الجديد وابو حنيفة وقال الثوري ليس له الا ان يرده ويرد مقدار العيب الذي حدث
عنده وهو قول الشافعي الاول والقول الثالث قول مالك ان المشتري مخير بين ان يمسك
ويرجع ويضع عن البايع من الثمن قدر العيب او يرده على البايع ويعطيه ثمن العيب الذي
حدث عنده وانه اذا اختلف البايع والمشتري فقال البايع للمشتري انا اقبض المبيع
وتعطيني انت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري بل انا امسك المعيب وتعطيني
انت قيمة العيب الذي حدث عندك فالقول قول المشتري والخيار له وقد قيل في المذهب القول
قول البايع وهذا انما يجري على قول من يرى انه ليس للمشتري الا ان يمسك او يرد ما نقص
ما نقص عنده وشذ ابو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه واما حجة من قال انه ليس
للمشتري الا ان يرد قيمة العيب او يمسك فلانه قد اجمعوا على انه اذا حدث بالمبيع عيب
عند المشتري فليس له الا رد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب
مع اعطاء قيمة العيب الذي حدث عنده واما من رأى انه لا يرد المبيع بشيء واما ان له قيمة
العيب الذي كان عند البايع فقياسا على العتق والموت لان الرد على الاول بعيب مجمع عليه وقد
خالف فيه عطاء واما مالك فلما تعارض عنده حق البايع وحق المشتري غلب المشتري

وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو امره من احد امرين اما ان يكون يعلم ان فيه علم العيب
ويعيبه المشتري او يكون بعلمه فدلس على المشتري وعمدة الثانية انه اذا صح انه دلس بالعيب
وجب عليه الرد من غير ان يدفع المشتري اليه قيمة العيب الذي حدث عنده فان راى
من ذلك العيب علو حصل به على البائع بخلاف الذي لم يثبت انه دلس به واما حجة ابي
محمد فلانه امر حدث عند الله الى الوجوب في ملك البائع فلا يرد بالعيب دون علم
ان العيب لم يتعمد في نفسه وانما يتعين في الظاهر من التلف وايضا فلا فقدا ساوا
صفقة توجب على مكلف غرم ما لم يكن له تاثير في نقصه الا ان يكون على جهة التعليق
عند من جعل الغاصب ما نقص عنده بامر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن واما
العيوب التي في النقص لا لا ابدان في النفس فقد قيل في المذهب انها تفيت الرد كعيب الابدان
وقيل لا وكذلك ان العيب الحادث عند المشتري انه اذا ارتجع بعد حدوثه انه لا تاثير له
في الرد الا ان يموت من علة فيتم واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطأ الجارية فقال قوم
اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرا او ثيبا وبه قال
ابو حنيفة وقال الشافعي يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب وقال قوم
بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى وقال اسماعيل الثوري ان كانت
ثيبا رد معها العشر من ثمنها وان كانت بكرا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء
الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضمان واما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري
الخيار على ما سلف من رايه وقال قوم مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي
الوطء معتبر بالعرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له اثر في القيمة رد البائع ما نقص
وان لم يكن له اثر لم يلزمه شيء فهذا هو حكم التغير الحادث في المبيعات واما الزيادة
الحادثة في المبيع اعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي
الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشتري لعموم قوله عليه السلام الخراج بالضمان
واما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرده للبائع وليس للمشتري الا ان يرد الاصول
او الامساك وقال ابو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب ارش العيب الا الغلة
والكسب وحجته ان ما تولد من المبيع داخل في العقد فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان
ذلك فوتا ويقتضي ارش العيب الا ما خصصه الشرع من الخراج والغلة واما الزيادة الحادثة
في نفس المبيع الغير منفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها
توجب الخيار في المذهب اما في الامساك والرجوع بقيمة العيب واما في الرد وكونه شريكا
مع البائع بقيمة الزيادة واما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يثبت

مثلها

بر الخيار

به الخيار من المشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فبهذا هو
القول في حكم التغيير

الفصل الخامس

واما صفة الحكم في الفصل بينهما عند الاختلاف
فانه اذا اختلف البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة فها هنا
وجب الحكم الحاكم بشاهد الحال فان انكر البائع ان يكون العيب يستوي في ادراكه
جميع الناس فيعتبر في ذلك الاشهاد عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا
العدد ولا الاسلام وكذلك العدلان اختلفوا في كونه مؤثرا في القيمة وفي
كونه ينقص قبل امد التبايع او بعده فان لم يكن للمشتري بينة حلف البائع انه
ما حدث عنده واذا لم يكن له بينة على وجود العيب في المبيع لم يجب له يمين على البائع
واما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشيء سليما ويقوم معيبا ويرد
المشتري من الثمن ما بين ذلك وان وجب الخيار فوقع ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم و
تقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع
الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما نقص من القيمة المعيبة عن القيمة السليمة
وان امسك المشتري الرد وجب الامساك ورد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة
عنده

الباب الثامن في بيع البراءة

اختلف العلماء في جواز هذا البيع
وصورته ان يشترط المشتري على البائع التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم
فقال ابو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع او لم يعلمه
سماه او لم يسمه ابصره او لم يبصره وبه قال ابو ثور وقال الشافعي في اشهر
قوليه وهو المنصور عند اصحابه لا يبرا البائع الا من عيب لم يره للمشتري وبه
قال الثوري واما مالك فالاشهر عنه ان البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب
وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من حمل الجواري الرائعات فانه لا
يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز في الوخش وعنه رواية ثانية انه يجوز في الرقيق
والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقد روي عنه ان بيع البراءة انما يصح
من السلطان فقط وقيل بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة
وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق ان القيام بالعيب حق من حقوق
المشتري قبل البيع فاذا اسقطه سقط اصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجز
على الاطلاق ان ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما
علمه ولذلك اشترط جهل البائع فقط وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطا
ان عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه

لعبد الله بن عمر بالعيب وباعه فلم يسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعني عبدا وبه داء
لم يسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله ان يحلف لقد باع
العبد وما به داء يعلمه فابى عبد الله ان يحلف وارتجع وروي ايضا ان زيد بن ثابت
كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك الرقيق لكون عيوبه في الاكثر خافية
وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري وما كان من الحقوق فاختلافا
كثيرا كاختلاف المبيعات في هذا المعنى ووجه اذا اتفق على الجهل به لا يجوز الا
اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم عن مالك
عن ابن كنانة ان قوله لم يختلف في بيع البراءة الا ما كان فيه السلطان وفي قضاء الديون
خاصة وذهب المغيرة من اصحاب مالك الى ان البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا
يتجاوز فيه ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند الاكثر اذا لم يعلم البائع بالعيب
اعني اذا اشترط البائع البراءة في بيع السلطان والمواريث على الاكثر بالجملة في بيع
البراءة هو في جوازه وشرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب
فلم يجوز بالشيء ... ومطلقا وهذه كلها قد تقدمت مشروحة بالقوة في قولنا

الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه
المشتري المبيع ان يكون خسارته ان هلك منه فقال ابو حنيفة والشافعي لا يضمن
المشتري الا بعد القبض واما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده في هذا الباب
ثلاثة اقسام مبيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل او عدد ومبيع ليس
فيه حق توفية وهو الجزاف وما لا يوزن ولا يكال ولا يعد فاما ما كان فيه حق
توفية فلا يضمنه المشتري الا بعد القبض واما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا
خلاف في المذهب ان ضمانه من المشتري وان لم يقبضه واما المبيع الغائب فعن مالك
في ذلك ثلاث روايات اشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع والثانية
ان الضمان من المبتاع الا ان يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس
بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوانات والمأكولات وبين ما هو مأمون
البقاء والخلاف في هذه المسألة مبني على هل القبض شرط من شروط العقد او حكم
من احكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد
او لزومه قال ضمانه من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من احكام البيع والبيع قد انعقد ولزم
قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفريق مالك بين الغائب والحاضر
والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه استحسان ومعنى الاستحسان في اكثر

الاحوال هو التفرقات التي المصلحة والعرف وهي اهل الكلام في ذلك بالعقد يدخل
في ضمان المشتري بمجرد العقد وقت التمكن من القبض قبل القبض
للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وعمدة الحنفية حديث عتاب
بن اسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له انههم عن بيع ما لم
يقبضوا وربح ما لم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف والاتفاق
بين المسلمين ان من باع المشتري بعد القبض الا في الغلة والعوارض ... في الثمر

القول في الجوائح

ومبيع ... في هذا الباب الجوائح واختلف العلماء في وضع الجوائح
في الثمار فقال بالقضاء بها مالك واصحابه ومنعها ابو حنيفة والثوري والشافعي
في احد قوليه والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من باع ثمرا فاصابته جائحة فلا ياخذ من اخيه شيئا على ماذا
ياخذ احدكم مال اخيه ... وروي عن جابر انه قال امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح وعمدة من اجاز الجوائح حديث جابر هذا
وقياس الشبه ايضا وذلك انهم قالوا انه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية بدليل
ما عليه العلماء من سقي الثمار الى ان يكمل فوجب ان يكون ضمانه منه كسائر المبيعات
التي بقي فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر المبيعات انه
بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهي عن بيع ما لم
يخلق فوجب ان يكون في ضمانه على خلاف سائر المبيعات واما عمدة من لم
يقل بالقضاء بها فتشبيهه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية في هذا المبيع هو
القبض وقد اتفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن حجتهم
ايضا حديث ابي سعيد الخدري قال اجيح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة
فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام
كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الاصل عنده بالتأويل فقال
من منع الجائحة يشبه ان يكون الامر بها انما ورد من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو
صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح امروا الا يبيعوا الثمر الا بعد
بدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من اجاز الجائحة في حديث ابي سعيد

ويمكن ان يكون البايع غير بما لم يجب عليه جايحة او يكون المقدار الذي اصيب
من الثمر مقدارا يسيرا ليس فيه جايحة او يكون اصيب في غير الوقت الذي تجب فيه
الجايحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ او بعد الطيب واما الشافعي فرد وجوب
جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب في ذكر
وضع الجوايح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل
والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجايحة بالعطش وقد جعل القايلون
بالقضاء في هذا الحجة على اثباتها والكلام في اصول الجوايح على مذهب
مالك ينحصر في اربعة فصول الاول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوايح الثاني
في محل الجوايح من المبيعات الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه الرابع في الوقت
الذي توضع فيه **الفصل الاول** فاما ما اصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده
والعفن فلا خلاف في المذهب انه جايحة واما العطش فكما قلنا فلا خلاف بين
الجميع انه جايحة واختلفوا فيما اصيب من جهة الادميين فبعض راى منه جايحة ما لا يستطاع دفعه مثل
الجيش ولم ير ما كان منه بفعل خفية جايحة مثل السرقة وبعض جعل
كل ما يصيب الثمرة من جهة الادميين جايحة باي وجه كان فمن جعلها في الامور
السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه السلام ارايت ان منع الله الثمرة ومن
جعلها في افعال الادميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال
يمكن ان يتحفظ منه **الفصل الثاني** واما محل الجوايح فهي الثمار والبقول فاما الثمار
فلا خلاف فيها في المذهب واما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجايحة
وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالاصل الذي هو الثمر **الفصل
الثالث** واما المقدار الذي تجب فيه الجايحة اما في الثمار فالثلث واما في البقول
فقيل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب
يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر عند اشهب ما قيمته الثلث
من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا في الكيل او لم يكن واما ابن القاسم
فانه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل فان كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه
حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر انواعا كثيرة مختلفة القيم او كان بطونا
مختلفة القيم ايضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره

حط من الثمن بذلك القدر ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوي القيمة في اجزاء الثمرة
وبطونه وفي موضع يعتبر الامرين جميعا حيث تختلف القيمة وانما صار مالك الى التقدير
في وضع الجوايح وان كان الحديث الوارد فيها مطلقا فان القليل في هذا معلوم من العادة انه
يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب منه من كل ثمر فكان المشتري دخل على هذا الشرط
بالعادة وان لم يدخل بالنطق وايضا فان الجايحة التي علق الحكم بها يقتضي العرف بين القليل والكثير
والواجب اذا وجب الفرق ان يوجد حد يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع ولان الثلث
يتكرر في هذا الاصل فمنه ما جعل الثلث من حيز الكثير فجعله ايضا هاهنا ومنه ما جعل الثلث
في حيز القليل ولم يجعل به وانه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند
جمهور العلماء ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجايحة لقلت فيها بالقليل والكثير وجعل الثلث
حدا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه السلام الثلث والثلث كثير **الفصل
الرابع** واما زمان القضاء بالجايحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج
فيه الى تبقية الثمار على رؤوس الشجر حتى يستوفي طيبها واختلفوا اذا ابقاه المشتري
في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا فقيل فيه الجايحة تشبيها بالزمان المتفق عليه
وقيل ليس فيه جايحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجايحة
فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب
الاتفاق اوجب فيه الجايحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جايحة اعني من راى
النضارة مطلوبة بالشراء كالطيب مطلوب قال بوجوب الجايحة فيه ومن لم ير
الامرين واحدا قال ليس فيه جايحة ومن هنا اختلفوا في وجوب الجوايح في البقول
الجملة الثالثة من جمل النظر في الاحكام وهو في تبعات
المبيعات ومن مسايل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى
يتبع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور العلماء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان
الثمر للمشتري وانه اذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبايع الا ان يشترطه المبتاع والثمار
في هذا المعنى في معنى النخل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبايع الا ان يشترطه المبتاع والثمار
المعنى فقال اهل الظاهر حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبايع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب
انها للمشتري قبل الابار بلا شرط وقال ابو حنيفة واصحابه هي للبايع قبل الابار
وبعده ولم يجعل المفهوم هاهنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى

والاولى قالوا وهو الذى انه اذا وجب للبائع بعد الابار فهو احرى ان يجب له قبل الابار وشبهوا خروج
الثمر بالولادة فقالوا وكما ان من باع امة لها ولد فولدها للبائع الا ان يشترطه المبتاع كذلك الامر
فى الثمر وقال ابن ابى ليلى سواء ابر او لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها او لم يشترطها وقد رد
الحديث بالقياس لانه راى ان الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان يكون لم يثبت عنده الحديث
واما ابو حنيفة فانه يرد الحديث واما خلافه مفهوم الدليل فيه فهو بسبب الخلاف فى هذه المسالة
بين ابى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم هل دليل الخطاب معمول به ام لا [illegible]
يسمى نحو الخطاب [illegible] ضعيف وان كان الاصل الاقوى من دليل الخطاب وانما يشبه [illegible]
يكون [illegible] القياس [illegible] وهو هنا ضعيف والاية [illegible] العلماء [illegible]
[illegible] وفى مسالة [illegible] والقول [illegible] المذهب [illegible]
الزرع [illegible] فيه فى المذهب وروى ابن القاسم عن مالك [illegible] على [illegible] الثمر [illegible]
لهذا الحكم هو الابار وهو [illegible] الابار قبل الوقت وقبل الابار وهو [illegible] سبب الاختلاف [illegible]
ولم يبد البعض هل يتبع ما لم يبد منها او لا يتبعه واتفقوا فيما احسب على انه اذا بيع [illegible]
[illegible] وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر

المسألة الثانية وهى اختلافهم فى بيع
مال العبد فى عقد البيع للعبد وذلك انهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق
على ثلاثة اقوال احدها ان ماله فى البيع والعتق لسيده وكذلك فى الكتابة والتدبير وبه قال الشافعى والكوفيون
والثانى ان ماله تبع له فى البيع والعتق وهو قول داود وابى ثور والثالث انه تبع له فى العتق
ولا يتبعه فى البيع الا ان يشترطه المشترى وبه قال مالك والليث فحجة من راى ان ماله فى البيع لسيده
الا ان يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال
فماله للذى باعه الا ان يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده فى العتق فقياسا على البيع وحجة من
راى انه تبع للعبد فى كل حال الاجماع على ان العبد مالك لعقد نكاحه وهى مسالة اختلف العلماء
فيها اختلافا كثيرا اعنى هل يملك العبد او لا يملك ويشبه ان يكون هؤلاء انما غلبوا القياس
على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر
وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم واما مالك فعلى اصله فى القياس فى العتق والسماع
فى البيع وقال مالك فى موطئه الامر المجتمع عليه عندنا ان المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له
نقدا كان او عرضا او دينا وقد روى عن النبى عليه السلام انه قال من اعتق غلاما فماله له الا ان
يستثنيه السيد ويجوز عند مالك ان يشترى العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم او فيه
دراهم وخالفه الشافعى وابو حنيفة اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع
شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز فى سائر البيوع واختلف اصحاب مالك فى اشتراط المشترى
لبعض مال العبد فى صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال اشهب جائز ان يشترط بعضه
ومن فرق بعض فقال ان كان ما اشترى به العبد عينا وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم

الاحرى

بعض

مع عرض ودراهم وان كان ما اشترى به عرضا وفى مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز
ان يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الابار ووجه قول اشهب تشبيهه الجزء بالكل وفى هذا الباب
مسائل مسكوت عنها كثيرة [illegible] ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان
اللذان يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرفعه المشترى للبائع او يحطه البائع عن المشترى
بعد البيع على الثمن هل يتبع حكم الثمن الذى انعقد عليه البيع او يحطه منه البائع هل يتبع حكم الثمن او لا
[illegible] فى ذلك من قال هو من الثمن [illegible] الشفعاء وفى الرد بالعيب وما اشبه ذلك وانما
من جعلها حكم الثمن الاول [illegible] فيه وفى سبب البيع ومن لم يجعلها من الثمن اعنى الزيادة لم
يوجب شيئا من هذا فذهب ابو حنيفة الى انها من الثمن الا انه قال لا تثبت الزيادة فى حق الشفيع
والاحق بيع المرابحة بالحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعى لا تلحق الزيادة والنقصان
بالثمن اصلا وهو فى حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما
تراضيتم به من بعد الفريضة قالوا واذا لحقت الزيادة فى الصداق لحقت فى البيع بالثمن قياسا
واجمع ابو حنيفة والشافعى على انها لا تلحق فى الشفعة وبالجملة من راى ان العقد الاول قد انفرد
بالزيادة قال ومن راى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن الجملة الثالثة
وان اتفقوا المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم يكن بينهما بينة فقهاء
الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون فى التفصيل اعنى فى
الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال ابو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان
ما لم يقبض السلعة فان قبضت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعى ومحمد بن الحسن
صاحب ابى حنيفة واشهب صاحب مالك يتحالفان فى كل وقت وعن مالك فى ذلك روايتان
احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى
والرواية الثانية مثل قول ابى حنيفة وهى رواية ابن القاسم والثالثة رواية اشهب والقول قول المشترى
يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وابو ثور القول قول المشترى
على كل حال [illegible] الا ان يكون الاختلاف فى جنس الثمن فحينئذ يكون التحالف عندهم والتفاسخ
والخلاف انهم اذا اختلفوا فى جنس الثمن او المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار
فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع او يترادان فمن
حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعممه قال يتحالفان ويتفاسخان والعلة فى ذلك عنده
ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه واما من راى الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التى يجب ان يستوى
فيها دعوى البائع والمشترى قال اذا قبض السلعة او فاتت فقد ظهر القبض شاهد للمشترى
وشبهة لصدقه واليمين انما تجب على اقوى المتداعيين شبهة وهذا هو اصل مالك فى الايمان والذلك
يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص

على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو مدع الا في الفوت فيه
ولانه اذا كان المدعى عليه اصل او شبهه و صار اليمين في جهته واما من راى القول قول المشتري
فانه راى ان البائع مدع على المشتري في الشراء ومدعى عليه عددا ما في الثمن واذا ادعى ومن قال القول قوله
و [illegible] ابو حنيفة لانه [illegible] ولذلك لم يخرجه البخاري ولا مسلم وانما خرجه مالك
في الكتاب لكن العمل [illegible] واثبات احد [illegible] في البيع والثانية القول قول البائع وكذلك
مرويا باليمين وفي المذهب فيه خلاف والاشهر البائع على ما في الحديث ومتى اذا وقع التحالف
يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه وفيه خلاف في المذهب **القسم الرابع من**
النظر المشترك في البيوع وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء
على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها او نماء او نقصان او حوالة
سوق ان حكمها الرد اعني ان يرد البائع الثمن والمشتري المثمون واختلفوا اذا قبضت
وتصرف فيها بعتق او هبة او بيع او رهن او غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك
فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت او نقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتا ولا
شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى
عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال ابو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك
تنقسم الى محرمة والى مكروهة فاما المحرمة فانها اذا فاتت مضت بالقيمة واما المكروهة فانها
اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده البيع الفاسد بالقبض لخفة الكراهة عنده
والشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع
الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهي في هذه الامور انما هو لمكان عدم
العدل فيها اعني بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة
لانه قد تقبض السلعة وهي تساوي الفا وترد وهي تساوي خمسمائة او بالعكس ولذلك
يرى مالك حوالة الاسواق فوتا في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات
وكان البائع هو المسلف رد المشتري هو الذي اسلف البائع [illegible] البائع عنده من الثمن
لمكان السلف واذا اوجبنا على المشتري القيمة [illegible] ما لم تكن اقل من الثمن [illegible] البيوع
انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع
لغير التماس [illegible] هذه المسالة [illegible] واختلفوا اذا [illegible] قبل
القبض على تمام السلف هل يصح البيع ام لا فقال ابو حنيفة والشافعي وسائر العلماء
البيع مفسوخ وقال مالك واصحابه الا ابن عبد الحكم البيع غير مفسوخ وقد روي عن مالك
مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي فاذا انعقد البيع فاسدا

ان بيعه

ان بيعه معروف فيه الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد في المحسوسات
يعود بصلاح الشيء ليس يرتفع عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجه ورووا عن محمد
بن احمد بن سهل البرمكي قال سالت عن هذه المسالة اسماعيل بن اسحاق المالكي فقلت له ما الفرق بين السلف
والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال انا ادع الزق
وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فاجاب [illegible] بيع السلف كان له ان يجوز عن
السلف [illegible] لا ينتفع به [illegible] وقد تقدم القول في ذلك واذا [illegible] القول في اصول البيوع
الفاسدة واصول البيوع الصحيحة وفي اصول احكام البيوع الصحيحة واصول احكام الفاسدة
المشتركة العامة لجميع البيوع او الكثير منها فلنصر الى ما يخص واحدا من البيوع من هذه الاربعة الاجناس
وذلك ان نتكلم منها ما يجري مجرى الاصول **كتاب الصرف** ولما كان يخص هذا البيع شرطان احدهما
عدم النسيئة وهو الفور والثاني عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في
خمسة اجناس الاول في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة والثاني في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل
[illegible] ينقسمان الى فصول كثيرة فيعرض من هنالك الخلاف والثالث [illegible]
البيع بصور مختلف فيها هل هو راجع الى احدهما او الى الامرين اعني الزيادة والنسيئة او [illegible]
[illegible] وهو مالك واصحابه وهذا يرجع ايضا الى نوع [illegible]
[illegible] هذا البيع من جهة ما [illegible] والتفاضل [illegible]
[illegible] هذه البيوع [illegible] الاحكام كثيرة وانت اذا تاملت الكتب
الموضوعة في [illegible] الكتب الذين يسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة
او [illegible] المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد [illegible] مما ليس هو من ذلك الكتاب
مثال [illegible] في كتاب الصرف مسائل كثيرة من باب الاقضية [illegible] الفاسد
[illegible] بنسيئة او [illegible] داخلها في هذا الكتاب مثل
مسائل [illegible] والمجموعة [illegible] انما هو ذكر المسائل
التي هي منطوق بها بالشرع او قريب من المنطوق به [illegible] هذا الباب [illegible] مسائل مشهورة
يجري مجرى الاصول لما يفرع على المجتهد من مسائل هذا الباب [illegible] ولهذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد
في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة
وصناعة اصول الفقه ويكفي في ذلك ما هو مساو لحجم هذا الكتاب او اقل وبهذه الرتبة يسمى
فقيها لا بحفظ مسائل كثيرة من مسائل الفقه ولو بلغت في العدد اقصى ما يمكن ان يحفظه انسان
كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذي حفظ مسائل اكثر وهؤلاء عرض لهم

خفاف

شبيه بما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين
أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه فيلجأ إلى صانع
الخفاف وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت
وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها المسألة
الأولى أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلا بمثل يدا بيد
إلا ما روي عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط
وإنما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا إلا
في النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا في النسيئة
وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة
إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز وهو من أصح ما روي
في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا في هذا الباب فصار الجمهور
إلى هذه الأحاديث إذ كانت نصا في ذلك وأما حديث ابن عباس فليس بنص في ذلك لأنه
روي فيه بلفظين أحدهما أنه قال إنما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب
دليل الخطاب وهو ضعيف لا سيما إذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا إلا في النسيئة
فهو أقوى من هذا اللفظ لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل أن يريد بقوله لا ربا إلا في
النسيئة من جهة أنه الواقع في الأكثر وإذا كان هذا محتملا والأول نص فوجب تأويله على الجهة التي يصح
الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلا
لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك إلا معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة
وإلا ما روي عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم
دنانير أو دراهم وزن ورقه أو دراهمه فقال إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لا
يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن
دينار وجمهور العلماء وأجاز مالك تبديل الدينار الناقص بالوازن أو الدينارين على اختلاف
بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المعروف
المسألة الثانية
اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه
حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة
في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك إن كانت قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه
أعني بالفضة إن كان فيه فضة أو بالذهب إن كان فيه ذهب وإلا لم يجز وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة
قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف

نه

بدل

المحلى

المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف وكذلك الأمر في بيع السيف المحلى بالذهب
لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشترى به ويبقى الفضل قيمة
السيف وحجة الشافعي عموم الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبيد الله الأنصاري
أنه قال أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من الغنائم
فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم وأما معاوية فبنى على ما قلنا في جواز ذلك
على الإطلاق وقد أنكره عليه أبو الدرداء وقال لا أساكنك بأرض أنت فيها لما رواه من الحديث
المسألة الثالثة
اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا واختلفوا في الزمان الذي يحد هذا
المعنى فقال الشافعي وأبو حنيفة الصرف يقع ناجزا ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر
القبض وقال مالك إن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه وسبب
الخلاف تردد في مفهوم قوله عليه السلام إلا هاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر
فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس أعني أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال يجوز
التأخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصلح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال
إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجيزوا في الصرف
حوالة ولا حمالة ولا خيارا إلا ما حكي عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف المذهب في التأخير الذي
يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما فمرة قيل فيه إنه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل إنه
ليس كذلك وفي تفاصيلهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب
المسألة الرابعة
اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده
فقال مالك ينتقض الصرف دينارا آخر وهكذا ما بينه وبين أن يستغرق صرف دينار فإن رضي
بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز
تبديله إلا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر فإن ردها بطل الصرف في المردود وقال
الثوري إذا رد الزيوف كان مخيرا إن شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك في الدنانير
المختلط صاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا وابن وهب من أصحاب
مالك يجيز البدل في الصرف وهو مبني على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير
ولا سيما في البعض وهو استحسان وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان فتحصل
للفقهاء في هذه المسألة أربعة أقوال قول بإبطال الصرف مطلقا عند الرد وقول

صح عليه قوله

صح

بإثبات الصرف ووجوب البدل وقول بالفرق بين القليل والكثير وقول بالتخيير بين رد الزايف
أو يكون له شريكا فيه وسبب هذا الخلاف هل الغلبة على التناجز في الصرف مؤثرة فيه أو غير
مؤثرة وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير وأما وجود النقصان
في الذهب إذا ظهر ما فيه خيرة فالقول إنه إن رضي به وهو ضعيف واختلفوا إذا حصل
إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه أعني الصرف المنعقد على التناجز فقيل يبطل الصرف
كله وبه قال الشافعي وقيل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو
يوسف والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل
تبطل الصفقة كلها أو الحرام منها فقط **المسألة الخامسة** أجمع العلماء على أن
المراطلة جائزة في الذهب بالذهب والفضة بالفضة وإن اختلف العدد لاتفاق الوزن وكان
إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين أحدهما أن تختلف صفة
الذهبين والثاني أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر أن يزيد بدل الذهب عرضا أو دراهم
إن كانت المراطلة بذهب أو ذهبا إن كانت المراطلة بدراهم فذهب مالك في الموضع الأول
وهو أن يختلف جنساهما كل واحد في الجودة والرداءة أنه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب
واحد وأخرج الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ منه فإن ذلك
عنده لا يجوز وإن كان الصنف الواحد من الذهبين أعني الذي أخرجه وحده أجود من الذهبين
المختلفين اللذين جودهما وأدنى منهما معا أو مثل أحدهما وأجود من الثاني أو أردى
أجاز المراطلة وقال الشافعي إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع
الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهو مصير إلى
القول بسد الذرائع وذلك أنه يتهم أن يكون إنما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكأنه أعطاه
جزءا من الوسط بالكثير منه من الأردأ أو بالأقل منه من الأعلى فيتذرع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب
متفاضلا مثال ذلك أن اشترى الوقية خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى
فقال العقد لا يجوز لنا ولا أن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطيني ثلاثين
من الوسط فيكون العشرة الأدنى تقابل خمسة من ذهبك ويقابل عشرين من ذهبي
الوسط العشرين من ذهبك الأعلى لم يجز وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في
القيمة وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن بين الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكذلك
اختلافهم في المصارفة التي تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة
التي تكون بالعدد أعني إذا اختلف جودة الذهبين أو الذهب وأما اختلافهم إذا نقصت
المراطلة فأراد أحدهما أن يزيد شيئا آخر مما فيه إلى ... فيما لا ربا فيه فعن يحيى من هذا الاختلاف

بالفضة

أردى

مثل

من باب الكالئ بالكالئ هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن
بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين
والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن من شرطه التقابض
في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا في أربعة أحدها الأجل هل هو شرط
فيه أم لا والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حال عقد السلم أم لا والثالث
اشتراط مكان دفع المسلم فيه والرابع أن يكون الثمن مقدرا إما مكيلا وإما موزونا وإما معدودا
ولا يكون جزافا فأما الأجل فإن أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك وأما مالك
فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل إنه يتخرج من بعض الروايات عنه
جواز السلم الحال وأما اللخمي فإنه فصل الأمر في ذلك فقال إن السلم في المذهب يكون على ضربين
سلم حال وهو الذي يكون ممن شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذي يكون ممن ليس
من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الأجل شيئان ظاهر حديث ابن عباس والثاني
أنه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعي
أنه إذا جاز مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا وربما استدلت الشافعية بما روي
أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من أعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي
صلى الله عليه وسلم تمرا فأعطاه إياه قالوا فهذا هو الشراء حال بتمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم إنما جوز
لموضع الارتفاق ولأن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم إليه يرغب لموضع
النسيئة وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى واختلفوا في الأجل في موضعين أحدهما هل يقدر بغير
الأيام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم والثاني في مقداره من الأيام وتحصيل مذهب
مالك في مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضي ببلد المسلم فيه وضرب يقتضي بغير
البلد الذي وقع فيه السلم فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم إن المعتبر في ذلك أجل تختلف
فيه الأسواق وذلك خمسة عشر يوما ونحوها وروى ابن وهب عن مالك يجوز لليومين والثلاثة
وقال ابن عبد الحكم لا بأس به إلى اليوم الواحد وأما ما يقتضي ببلد آخر فإن الأجل عندهم فيه هو
قطع المسافة التي بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام
فمن جعل الأجل شرطا غير معلل اشترط فيه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطا
معللا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق وأما الآجال
إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن
رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير أجاز ذلك إذ الغرر اليسير
معفو عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان

ومن رأى أنه غبن وأنه أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل الفصول المشهورة كما ... وأما اختلافهم
في هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم فإن مالكا والشافعي
وأحمد وإسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت إبانه وقال
أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي لا يجوز السلم إلا في إبان الشيء المسلم فيه
فحجة من لم يشترط الإبان ما ورد في حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسلمون في التمر
السنتين والسنين والثلاث فأقروا ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روي من حديث ابن
عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحها وكأنهم رأوا أن الغرر
يكون أكثر إذا لم يكن موجودا في حال العقد وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وإن كان ذلك
معينا وهو في الذمة ولهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق وأما الشرط الثالث وهو مكان
القبض فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر وقال القاضي أبو محمد
الأفضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج إلى ذلك وأما الشرط الرابع وهو أن يكون الثمن
معلوما مكيلا أو موزونا أو معدودا أو ... فإنما اشترطه أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي
ولا صاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص إلا أنه يجوز عنده
بيع الجزاف إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه ويجب أن تعلم أن التعريف في السلم يكون
بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد
فيما يمكن فيه العدد فإن لم يمكن فيه التعريف انضبط بالصفة المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس
إن كان أنواعا مختلفة أو مع ترك ذكره إن كان نوعا واحدا ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا في الذمة
وأنه لا يكون في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مأمونة وكأنه رآها مثل الذمة

إلا في الذمة

الباب الثاني وفي هذا الباب فروع كثيرة ولكن نذكر منها المشهور **مسألة** اختلف
العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمار فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم المسلم فيه وخرج
زمانه فقال الجمهور إذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام
المقبل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف
في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وإنما
هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك ينفسخ السلم
ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وإنما له أن يصبر إلى القابل
واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد في هذه المسألة ما رواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وبه قال
اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالئ بالكالئ المنهي عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطرارا **مسألة**

اختلف

مسألة اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه
فالعلماء في ذلك ... مالك وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال
أبو حنيفة وأحمد وإسحق وتمسك أحمد وإسحق في منع ذلك بحديث عطية العوفي
عن أبي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره وأما
مالك فإنه منع بيع شيء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين أحدهما إذا كان المسلم فيه طعاما
وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث
والثاني إذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون
المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض
الذي هو الثمن وذلك أن هذا يدخله إما سلف وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال
السلم وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل وكذلك إن كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ
فيه طعاما آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فإن كان مثل طعامه في الكيل والجنس والصفة
فيما حكاه عبد الوهاب جاز لأنه يحمله على الإقالة وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام
المسلم فيه طعاما من صفته وإن كان أقل جودة لأنه معروف من باب البدل في الدنانير والأحمال ومثل
أن يكون له عليه قمح فيأخذ منه بكيله شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله
الدين بالدين وإن كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ولم
يتهم على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل وإن أخذ دراهم في دنانير لم يتهم على الصرف
المتأخر وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال المسلم وأما بيع السلم
من غير المسلم إليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع ما لم يكن طعاما لأنه يدخله بيع الطعام قبل
قبضه وأما الإقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فإن دخلها زيادة أو نقصان
كانت بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني أنه تفسد عنده بما تفسد به بيوع الآجال مثل
أن تتذرع إلى بيع وسلف أو إلى ضع وتعجل أو إلى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك
في دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل فأقاله على أن يأخذ البعض ويقيل من البعض فإنه لا يجوز
عنده فإنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف وفي ذلك ... عند الشافعي وأبي حنيفة لأنهم
لا يقولون بتهمة بيوع الذرائع **مسألة** اختلف العلماء في الشراء برأس مال المسلم من
المسلم إليه شيئا بعد الإقالة بما لا يجوز قبل الإقالة فجمهور العلماء ... وداود
الإقالة في بيعة ... يجوز من ذلك ما لا يجوز ... قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك
وأصحابه إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق وإذا كان لا يجوز عنده بيع المسلم
فيه قبل القبض على الإطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه

قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على الطعام
هل هذا من مذهبه ومن العلماء من اجازه وبه قال الشافعي والثوري وجمهور اهل الاقالة فقط لكنه
الا في مثله فان المالك جاز له ان يشتري به من المسلم احد ولا ... من المسلم عليه اجل قال وانما هو حديث
ابي سعيد فانه المرفوع انه نهى عنه قبل الاقالة **مسئلة** اختلفوا اذا دفع المسلم في السلم
للبائع الطعام بالثمن الذي في ذمته اي قال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوزه اعتمادا على ذلك
مخافة ان يكون المشتري لما حل اجل الطعام على البائع احب عنده على ان يعطيه فكان ما كان من باب بيع
الطعام الى اجل قبل ان يستوفي ومن اعتلوا المنع في ذلك لانه من باب فسخ الدين في الدين
واوه جاز الا وانه من باب المعروف والاحسان الذي امر به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال
مسلما اقال الله عثرته يوم القيامة ومن نفس ... الحكم المعروف ولا ... الا قاله **مسئلة**
اجمع العلماء على انه اذا اسلم رجل الى رجل في ... او ... الى الاجل فجعل اليه قبل محل الاجل
انه يلزمه واختلفوا في العروض فهل هو من السلم ... وقال مالك والجمهور ان ... قبل الاجل
لم يلزمه اخذها وقال الشافعي ... ان لم يكن ... العروض النضارة ... اخذه ...
والحرير ... من النضارة ... فالعواكه ... بعد محل الاجل فاختلف قول مالك
في ذلك ... انه يلزمه قبضه مثل ان يسلم في ... الشتا ... الصيف وقال
ابن وهب وجماعة لا يلزمه في الكل ... الجمهور انه لا يلزمه ... قبل محل الاجل ...
انه ... الوقت المضروب الذي قصده ... الكل ...
اذا ... بعد الاجل ... المقصود من الغرض ... الاجل ...
واما من اجازه ... قبل الاجل وبعده ... بالدنانير والدراهم **مسئلة**
اختلف العلماء فيمن بيع ... طعاما على مكيلة ... البائع او المسلم اليه المشتري
بكيل الطعام هل للمشتري ان يقبضه منه دون ان يكيله وان يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك
في الكل جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والا خيف ان يكون من باب الربا كانه انما صدقه في الكيل لمكان
انه صبر بالثمن وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري
مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم انه لما لم يجز للمشتري ان يبيعه الا بعد ان
يكيله لم يجز له ان يقبضه الا بعد ان يكيله البائع له لانه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا
بما جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري
واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل واختلفا في الكيل فقال الشافعي القول قول
المشتري وبه قال ابو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشتري حين قبضه
اياه وهذا مبني على ان البيع يجوز بنفس تصريفه **الباب الثالث** في اختلاف

المتبايعين في السلم والمتبايعين في السلم اما ان يختلفوا في قدر الثمن او المثمون واما في جنسهما واما في الاجل
واما في المكان فاما في قدر السلم اما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان اتى بما يشبه
وان اتى بما لا يشبه فالقول قول المسلم ان اتى ايضا بما يشبه فان اتيا بما لا يشبه ... يتحالفا ويتفاسخا
واما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل ان يقول احدهما سلمت
في ... ويقول الاخر في قمح واما اختلافهم في الاجل فان كان في حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان في
قدره فالقول ايضا قول المسلم اليه الا ان ياتي بما لا يشبه مثل ان يدعي المسلم وقت ابان السلم ويدعي
المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم واما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور في المذهب
ان ... موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعيه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون
في الوجه الاول فقال القول قول المسلم وان لم يدعيا ذلك في موضع العقد وقال ابو الفرج
في الموضع الثاني فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا واما اختلافهم
في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين في البيع قبل القبض وقد تقدم ذلك

كتاب بيع الخيار

والنظر في اصول هذا الباب اما الاول فهل يجوز ام لا واذا جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه او لا
وممن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار ام لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال
خيارا كالقول فاما جوازه فعليه الجمهور الا الثوري وابن شبرمة وطائفة من اهل الظاهر وعمدة الجمهور
حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روي من حديث ابن عمر المتبايعان بالخيار ما لم
يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وان الاصل هو اللزوم في البيع الا ان يقوم دليل على جواز
البيع على الخيار من كتاب او سنة ثابتة او اجماع قالوا وحديث حبان اما انه ليس بصحيح واما انه
خاص لما شكاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه الا
بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ اخر وهو ان يقول احدهما
لصاحبه اختر واما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في
نفسه وانما يتقدر بتقدير الحاجة الى اختبار المبيع وذلك يختلف باختلاف المبيعات
فقال مثل اليوم واليومين في اختبار الثوب والجمعة والخمسة ايام في اختبار الجارية والشهر
ونحوه في اختبار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذي فيه فضل عن اختبار المبيع
وقال الشافعي وابو حنيفة اجل الخيار ثلاثة ايام لا يجوز اكثر من ذلك وقال احمد وابو يوسف
ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لاي مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق
دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن حي وجماعة يجوز اشتراط الخيار مطلقا
ويكون له الخيار ابدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه اجلا مثله وقال ابو
حنيفة والشافعي لا يجوز على الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف ابو حنيفة والشافعي

او وقع الخيار في الثلاثة الايام من الخيار المطلق وقال ابو حنيفة ان وقع في ثلاثة ايام جاز وان حذف الثلاثة
فسد البيع وقال الشافعي يبطل بكل حال وعنده هي اقل ما لا بد منه الا معارضة في مدة الخيار وهي
هل يجوز مطلقا او مقيدا وان جاز مقيدا فكم مقداره وان لم يجز مطلقا فهل من شرطه ذلك الا يقع الخيار في
الثلاثة ام لا يجوز وان وقع في الثلاثة وما الذي يتبع فان عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه واما عمدة من
لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل هو الا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ما ورد فيه النص في حديث منقذ
بن حبان وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغيرها ذلك
قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو بالخيار
ثلاثة ايام واما حديث منقذ فانه اشبه شيء بالمنقطع اذ رواه محمد بن اسحاق عن نافع
عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيوع اذا بعت فقل لا
خلابة وانت بالخيار ثلاثا واما عمدة اصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع
واذا كان ذلك كذلك وجب ان يكون محدودا بزمان امكان اختبار المبيع وذلك يختلف بحسب
مبيع مبيع فكان النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص اريد به
العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص اريد به الخاص واما اشتراط الخيار مطلقا فانه لا يجوز عند
مالك وجميع اصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف واما من ضمان المبيع
في مدة الخيار فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك واصحابه والليث والاوزاعي مصيبته من
البايع والمشتري امين سواء كان الخيار لهما او لاحدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان هلاكه
بيد البايع فلا خلاف في ضمانه اياه وان كان هلاكه بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن
والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من
البايع وقال ابو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما او للبايع وحده فضمانه من البايع
والمبيع على ملكه واما ان كان شرط المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البايع ولم يدخل
في ملك المشتري وبقي معلقا حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه ان على المشتري الثمن وهذا
يدل على انه قد دخل عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان اشهرهما ان الضمان من المشتري
لايهما كان الخيار وعمدة من راى الضمان من البايع على كل حال انه عقد غير لازم فلم ينتقل
الملك عن البايع كما لو قال بعتك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من راى انه من المشتري
تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق واما من
جعل الضمان للمشتري اذا اشترط الخيار وحده ولم يشترطه البايع فلانه ان كان البايع
هو المشترط فالخيار له ابقاء المبيع على ملكه وان كان المشتري هو المشترط له فقد
صرفه البايع عن ملكه وابانه فوجب ان يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملكه

البايع

البايع ولا يدخل في ملك المشتري فان كان المشتري هو الذي اشترطه فقد خرج عن ملك البايع لانه لم
يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل في ملك المشتري لانه شرط الخيار له وهو قوله ولكن هذا القول بمنع
الحكم فانه لا يكون مصيبته من احدهما والخلاف ايل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ في البيع
او لتتميم البيع فان قلنا لفسخ فقد خرج من ملك البايع وان قلنا لتتميمه فهو في ضمانه واما المسالة
الخامسة وهي هل يورث خيار المبيع ام لا فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات
صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال ابو حنيفة واصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار
ويتم البيع وهذا هو عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم ابو حنيفة
خيار العيب اعني انه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص
وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ما وهبه لابنه اعني لم يورث ورثته الهبة من الخيار في ردها
لابنه ما جعل له الشرع من الرجوع للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق
ان يقول الرجل لرجل اخر طلق امراته متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فلا ورثته لا ينزلون
منزلته عند مالك وسلم الشافعي اما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائدا خيار
الاقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال
الا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان تورث الاموال دون
الحقوق الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فموضع الخلاف هل الاصل هو ان تورث الحقوق كالاموال
ام لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذه ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه
فالمالكية والشافعية تحتج على ابي حنيفة بتسليمه ورثه خيار الرد بالعيب وبتشبيه سائر الخيارات
التي يورثانها به والحنفية تحتج ايضا على المالكية والشافعية بما تمنع منه ذلك وكل واحد منهم يروم
ان يعطي فارقا فيما يلزمه خصمه فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالضد
يعطي ان يجمع ما فرق فيما يضعه الخصم متفقا ويفرق ما اتفق فيما يضعه الخصم متباينا مثل ما تقول المالكية
انما قلنا ان خيار الاب في رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة في الاب لا توجد في غيره وهي
الابوة فوجب الا يورث لا الى صفة في العقد وهذا هو سببه اختلافهم في خيار خيار اعني انه من لاح
له في شيء منها انه صفة للعقد ورثه ومن لاح له انه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه واما المسالة السادسة
وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال
مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز الا ان يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز
الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول احمد وللشافعي قول اخر مثل قول مالك وبقول
مالك قال ابو حنيفة واتفق المذهب ان الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان فقوله لازم لهما واختلف
المذهب اذا جعله احدهما فاختلف البايع ومن جعل له البايع الخيار والمشتري ومن جعل له
المشتري الخيار فقيل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البايع او المشتري

وقال عكس هذا القول من جعل خيارا له في هذه المشهورة وقيل إن العرف بين البائع والمشتري أي إن القول
في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو مشترط الخيار
وقيل القول قول من اراد منهما الامضاء وإن اراد البائع الامضاء واراد الاجنبي الذي اشترط البائع خياره
الرد ووافقه المشتري فالقول قول البائع في الامضاء وإن اراد البائع الرد واراد الاجنبي الامضاء ووافقه
المشتري فالقول قول المشتري وكذلك إن اشترط الخيار للاجنبي المشتري فالقول قول فيهما قول من اراد الا
مضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالعرف في هذا بين البائع والمشتري أي إن اشترطه البائع فالقول
قول من اراد الامضاء منهما وإن اشترطه المشتري فالقول قول الاجنبي وهو ظاهر مذهب المدونة وهذا
كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل أن يشترط اجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث
عند من لا يجيز الخيار فوق الثلاث او خيار رجل بعيد الموضع بعدا بعيدا فقال مالك والشافعي
لا يصح البيع وإن اسقط الشرط الفاسد وقال ابو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط واصل الخلاف هل الفساد
الواقع في المبيع من قبل الشرط يتعدى إلى العقد أم لا يتعدى وإنما هو في الشرط فقط فمن قال يتعدى ابطل
وإن اسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح إذا اسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا كتاب

بيع المرابحة أجمع العلماء على أن البيع صنفان مساومة ومرابحة وأن المرابحة هو أن يذكر البائع
للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو للدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة
في موضعين أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس يعده
من رأس المال والموضع الثاني إذا كذب البائع للمشتري في الثمن فأخبر أنه اشتراه بأكثر مما اشترى به السلعة
أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر أنه اشتراها بأكثر ففي هذا الكتاب إذا بابان
فيه إذا ينحصر بابان الباب الأول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح
الثاني في حكم ما وقع من الزيادة والنقصان في خبر البائع بالثمن **الباب الأول فيما** يعد من الثمن
مما لا يعد فأما تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة
أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح
وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح فأما الذي يحسب في رأس المال ويجعل له حظ من الربح فهو
ما كان مؤثرا في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذي يحسب في رأس المال ولا يجعل له حظ من
الربح فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء
البيوت التي يوضع فيها وأما ما لا يحتسب فيه في الأمرين جميعا فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن
أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والشد والطي وقال أبو حنيفة بل يحمل على ثمن
السلعة كل ما نابه عليها وقال أبو ثور لا يجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط
إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع فإنه كذب لأنه يقول له ثمن سلعته بكذا وكذا وليس الأمر على
ذلك وهو عنده من باب الغش وأما صفة رأس الثمن الذي يجوز أن يخبر به فإن مالكا والليث قالا فيمن اشترى
سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف ما معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلى زيادة
أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة وكذلك إن اشتراها

بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعرض
هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لا يجوز وإذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه فقال
ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة
بشيء من العروض أن يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بمثل عرض صفته وفي الغالب ليس يكون عنده فهو
من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ بالدنانير عرضا أو دراهم
هل يجوز له أن يبيعها مرابحة دون أن يعلم بما نقد أو لا يجوز فقال مالك لا يجوز إلا أن يعلم بما نقد وقال
أبو حنيفة يجوز أن يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطاها
أو الدراهم وقال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مرابحة إنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل وقال الأوزاعي
إن وقع كان للمشتري مثل أجله وقال أبو ثور هو كالبيع وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة
ليست مما قصدناه **الباب الثاني** واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره البائع
ثم ظهر بعد ذلك إما بإقرار أو ببينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار
إما أن يأخذها بالثمن الذي صح أو يتركها إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وإن ألزمه وقال أبو حنيفة
وزفر المشتري بالخيار على الإطلاق ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إن ألزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن
أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار
مطلقا والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع
به السلعة لا على غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج
بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى الخيار مطلقا تشبيه الكذب في هذه
المسألة بالبيع بالعيب أعني أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب وأما إذا فاتت
السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك إن كانت قيمتها
يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه
المشتري بشيء وإن كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري في القيمة أو رده الثمن أو ما يقابله
السلعة بالثمن الذي صح وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر
مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البينة لأنه أكذبها
وقال مالك يسمع منها ويخير المبتاع في ذلك الثمن وهذا بعيد لأنه بيع آخر وقال مالك في
هذه المسألة إذا فاتت السلعة أن المبتاع مخير بين أن يعطي قيمة السلعة يوم قبضها أو أن
يأخذها بالثمن الذي صح بهذه مشهور ما ذكر من المسائل في هذا الباب ومعرفة أحكام هذا
البيع ينبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسألة
الكذب وحكم مسألة الغش وحكم مسألة وجود العيب فأما حكم الكذب فقد تقدم وأما
حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق وأما حكم الغش عنده فهو تخيير المبتاع مطلقا
وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسألة الكذب
هذا عند ابن القاسم وأما عند أشهب فإن الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن
وقسم غير مؤثر فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه حكم الكذب وأما

الا تركيب بعض ارباب [illegible] مسائل كذب وغش وكذب وتدليس بعيب والاصل مذهب ابن القاسم
فيه انه يأخذ بالذي يفي حكمه ان كان فيه حكما احدهما او بالذي هو ارجح ان كان
جمع احدهما على التخيير حيث يمكن التخيير او الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا
لا يليق بكتب الفروع وهو احد مذهبي ابن القاسم وغيره انتهى

كتاب بيع العرية

اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي اتت فيها في السنة فذكر القاضي
ابو محمد عبد الوهاب المالكي ان العرية في مذهب مالك ان يهب الرجل ثمرة نخلة
او نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا
على شروط اربعة احدها ان تزهى والثاني ان تكون خمسة اوسق فما دونها
فان زادت فلا يجوز والثالث ان يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ فان
اعطاه اياه نقدا لم يجز والرابع ان يكون التمر من صنف ثمر العرية ونوعها فعلى مذهب
مالك الرخصة في العرية انما هي في حق المعري والرخصة فيها انما هي استثناؤها
من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه ومن [illegible]
الربا ايضا من التفاضل والنساء وذلك انه بيع معلوم الكيل بتمر معلوم
بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس متفاضلا وهو ايضا [illegible] الى
اجل فهذا هو مذهب مالك فيما هي العرية وما هي الرخصة فيها واما
الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة وانما هي
لكل احد من الناس اراد ان يشتري هذا القدر من التمر اعني الخمسة اوسق
او ما دون ذلك بتمر مثلها ويرى ان الرخصة فيها انما هي متعلقة بهذا
القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطبا وذلك ليس عنده رطب
ولا تمر يشتريه به الرطب والشافعي يشترط [illegible] في اعطاء التمر الذي
تباع به العرية ان يكون نقدا ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد
البيع والعرية جائزة عند مالك في كل ما ييبس ويدخر وهي عند
الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون
الخمسة الاوسق عند مالك والشافعي وعنهما الخلاف فاذا كانت
خمسة اوسق روي الجواز عنهما وروي عنهما المنع والاشهر عند
مالك والشافعي وعنهما الخلاف فاذا كانت خمسة اوسق روي

الجواز

الجواز عنهما وروي عنهما المنع والاشهر عن مالك الجواز والشافعي [illegible] مالك في العرية
وارجحها [illegible] احدها في سبب الرخصة فيها كما قلنا والثاني ان العرية التي رخص فيها [illegible]
هل تجوز [illegible] والثالث في اشتراط النقد عند البيع وان البيع في [illegible] عنده كما قلنا
التمر والعنب وعند مالك في كل ما ييبس ويدخر وقال احمد بن حنبل يوافق مالكا ان العرية
هي الهبة وخالفه في ان الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب له [illegible]
الا انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء [illegible] فلذلك ذهب اليه مالك
واما ابو حنيفة فوافق مالكا في ان العرية هي الهبة وخالفه في صفة الرخصة [illegible]
الرخصة فيها عنده ليست هي من باب [illegible] المزابنة ولا هي الجملة في
بيع والا الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذ كان الموهوب
لم يقبضها عنده بيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهي ان يعطي
بدلها ان شاء [illegible] وعمدة مذهب مالك في العرية انها الصفة التي [illegible] المشهور
عندهم بالمدينة قالوا واصل ذلك ان الرجل كان يهب [illegible] النخلات من حائطه فيشق
عليه دخول الموهوب له فابيح له ان يشتريها بخرصها تمرا عند الجذاذ ومن الحجة
له ان الرخصة انما هي للمعري حديث سهل بن ابي حثمة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر الا انه رخص في العرية ان تباع بخرصها تمرا يأكلها اهلها
رطبا [illegible] فقوله يأكلها اهلها [illegible]
[illegible]
[illegible] وهو الذي [illegible]
هو تعليل [illegible] المعري [illegible] الشافعي [illegible] الحجة للشافعي واما
[illegible] ولا تمر يشترون به [illegible]
العرية [illegible] والدليل [illegible] فالوا العرية
[illegible] واختلف [illegible] تسميتها [illegible] العرية من [illegible] موجودة
[illegible]
مالك [illegible] عند الجذاذ [illegible] لانه [illegible]
[illegible] الجذاذ [illegible]
السنة [illegible] رسول الله صلى الله
عليه وسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق او في خمسة اوسق
[illegible] في خمسة اوسق [illegible]
كان [illegible] الخمسة الاوسق [illegible] بالشك [illegible] هذا الحديث من الراوي
واما الشافعي [illegible] ان يكون من ذلك [illegible] عن [illegible]

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لصاحب العرية ان يبيعها بخرصها اخرجه
مسلم واما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن ابي حثمة عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه
اذن لهم وقوله فيه ياكلها اهلها رطبا والعرية عندهم هي بيع بما دون
الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم ان يهب الرجل جل الغابة
من غلته هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة بابيع الهبة لموافقته ذا القدر للهبة
وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد انه قال لرجل
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره ما عراياكم
هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى النبي صلى الله عليه وسلم
ان الرطب ياتي وليس بايديهم نقد يبتاعون به الرطب ياكلونه مع
الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرايا بخرصها
من التمر الذي بايديهم ياكلونها رطبا والعلماء يجوز تاخير نقد التمر لانه بيع الطعام
بالطعام نسيئة واما احمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه
ارخص في العرايا ولم يخص المعرى من غيره واما ابو حنيفة فلما لم يجز
عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا من المزابنة رام ان يصرفها
الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما
وهب باعطاء خرصها وتسميته اياها بيعا عنده مجاز او قد التفت
الى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم
ولا بشيء من الاشياء سوى التمر وان كان المشهور عنه جواز ذلك
وقد قيل ان قول ابي حنيفة هذا من باب تغليب القياس على الحديث
وذلك انه خالف الاحاديث في مواضع منها انه اذا لم يسمها
بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا ومنها انه جاء في الحديث
انه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء
من المزابنة لان المزابنة هي في البيع والعجب منه انه سهل عليه ان يستثنيها
من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها استثناء بنص وعسر عليه ان
يستثنيها مما استثناه منه الشارع وهي المزابنة

كتاب الاجارات

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع اعني
ان اصوله تنحصر بالنظر في انواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي
احكامها وذلك في نوع نوع منها اعني فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما
يعم اكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم اولا الى قسمين القسم
الاول في انواعها وشروط الصحة والفساد والثاني في معرفة احكام الاجارات
وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر اولا ما جاء من الخلاف
ثم نصير الى ذكر ما في هذين القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر
المسائل التي تجري من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين
فقهاء الامصار ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول وحكي
عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى اني اريد ان انكحك احدى ابنتي
هاتين الاية وقوله فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ومن السنة الثابتة ما خرجه
البخاري عن عائشة قالت استاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر رجلا من بني
الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه
غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر انه باع من النبي صلى الله عليه وسلم
بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وما جاز استثناؤه بالشرط جاز استيفاؤه وبالجملة
فشبهة من منع ذلك ان المعاوضة انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان
المحسوسة والمنافع في وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق
ونحن نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب
والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب او يكون استيفاؤه او عدم استيفائه
على السواء. **القسم الاول** وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة
التي تكون بمقابلته وصفتهما اما الثمن فينبغي ان يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم
ذلك في باب البيوع واما المنفعة فينبغي ان تكون من جنس ما لم ينه الشرع
عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فمما اجتمعوا على
ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة

كانت. وفي غير ذلك على الاشياء التي في الشرع مثل الصلاة وغيرها. واتفقوا على اجارة الدور
والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط. واختلفوا في اجارة
الارضين وفي اجارة المياه وفي الاجارات على تعليم القرءان وفي اجارة نزو الفحول
فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجيزوا كراءها بتة وهم
الاقل وبه قال طاوس وابو بكر بن عبد الرحمن. وقال الجمهور بجواز ذلك. واختلفوا
هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير
فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب. وقال قوم يجوز كراء الارض بكل
شيء ما عدا الطعام وسواء كان ذلك الطعام الخارج منها او لم يكن وما عدا
ما ينبت فيها كان طعاما او غيره. والى هذا ذهب مالك واكثر اصحابه. وقال آخرون
يجوز كراء الارض بما عدا الطعام فقط. وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض
والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام. وممن قال بهذا القول
سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك
في الموطأ. وقال قوم يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد
والثوري والليث وابو يوسف ومحمد صاحبا ابي حنيفة وابن ابي ليلى والاوزاعي
وجماعة. وعمدة من لم يجز كراءها ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع. قالوا وهذا عام. وهؤلاء
لم يلتفتوا الى ما رواه مالك من تخصيص الراوي له حين روي عنه قال حنظلة فسألت
رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا باس به. ورووا هذا عن رافع
عن ابن عمر واخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكري ارضه فترك ذلك وهذا
بناء على رأي من يرى انه لا يخصص العموم بقول الراوي. وروي عن رافع
بن خديج عن ابيه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة
الارض. قال ابو عمر بن عبد البر واحتجوا بحديث ضمرة عن ابن شوذب
عن مطر عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقال

339

او ليمنحها اخاه

فقال من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها ولا يواجرها. فهذه هي جملة الاحاديث
التي تمسك بها من لم يجز كراء الارض. قالوا وايضا من جهة المعنى انه لم يجز كراؤها لما دخله
من الغرر لانه ممكن ان يصيب الزرع جائحة من نار او قحط او غرق فيكون قد لزمه
كراؤها من غير ان ينتفع من ذلك بشيء. قلت ويشبه ان يقال ان هذا المعنى في ذلك
قليل في بلادنا من تعذره وجوه الارض على نهي عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما
انهما اصل الخلقة. واما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق
بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال انما يزرع ثلاثة رجل له ارض فهو يزرعها ورجل منح ارضا فهو يزرع ما منح
منها ورجل اكترى بذهب او فضة. قالوا فلا يجوز ان يتعدى سائر هذا الحديث والاحاديث
الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد. وعمدة من اجاز كراءها
بكل شيء ما عدا الطعام وسواء كان الطعام مما يخرج منها او لم يخرج حديث يعلى بن حكيم عن
سليمان ابن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له ارض
فليزرعها او ليزرعها اخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى. قالوا وهذا معنى
المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وروي في حديث سعيد بن المسيب
مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة. قالوا وايضا فانه من باب بيع الطعام
بالطعام نسيئة. وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها اما بالطعام
فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام واما حجته على منع كرائها فيما تنبت فهو ما ورد
من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهي كراء الارض بما يخرج منها. وهذا قول مالك
واصحابه. وعمدة من اجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه
كراء منفعة معلومة بشيء معلوم فجاز قياسا على اجارة سائر المنافع. وكان هؤلاء ضعفوا
احاديث رافع. روي عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع انه قال اكثر رافع
قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب ان يحمل عليه سائرها قال كنا اكثر اهل المدينة
حقلا وكان احدنا يكري ارضه ويقول هذه القطعة لي وهذه لك وربما اخرجت

فهذه ولم يخرج هذه فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم خرجه البخاري وأما من أجاز كراءها بما يخرج
منها فحجته النظر والأثر أما الأثر فما ورد من النهي عن المخابرة وما روي أيضا من حديث
رافع بن خديج عن ظهير بن رافع قال لقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا
رافقا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلت نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من
التمر والشعير فقال صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها أو أزرعوها أو امسكوها
وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخاري ومسلم وأما من أجاز كراءها بما يخرج
منها فحجته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى
يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما يخرج
من الأرض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون
وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهة لا على الحظر بدليل ما خرجه
البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال إن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال
أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ منه شيئا قالوا وقد قدم معاذ بن جبل
اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم يخابرون فأقرهم وأما كسب الحجام فذهب
قوم إلى تحريمه وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه دنيء لا يليق بالرجل وقال آخرون
بل هو مباح والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج
بما روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام [illegible] وروي عن عون
بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حجاما فكسر محاجمه فقلت يا أبت لم كسرتها فقال إن رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وأما من رأى إباحة ذلك فاحتج بما روي عن ابن عباس
قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا ولو كان حراما لم يعطه
وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أبا طيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك
فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه أيضا أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه
أن يخففوا عنه وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روي أن رفاعة ابن رافع

صح ب قلت

ع حرام

340

أو رافع بن رفاعة جاء إلى مجلس الأنصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا
أن نطعمه نواضحنا وما روي عن رجل من بني حارثة كان له حجام فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن خراجه فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
اعلفه ناضحك وأطعمه رقيقك وأما إجارة المؤذن فإن قوما لم يروا فيه بأسا
وقوم كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روي عن عثمان بن أبي العاصي
قال إن آخر ما عهد إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه
على الأفعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعني هل هو واجب أو ليس بواجب وأما
الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا أيضا فيه فكرهه قوم وأجازه آخرون والذين
أباحوه قاسوه على سائر الأفعال واحتجوا بما روي عن خارجة بن الصلت عن عمه قال أقبلنا
من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حي من أحياء العرب فقالوا إنكم جئتم من عند
هذا الخير فهل عندكم دواء أو رقية فإن عندنا معتوها في القيود فقلنا لهم نعم
فجاؤوا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بصاقي
ثم أتفل فكأنما أنشط من عقال فأعطوني جعلا فقلت لا حتى أسأل النبي عليه السلام
فسألته فقال كل فلعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق وبما
روي عن أبي سعيد الخدري أن أصحاب رسول الله كانوا في غزوة فمروا بحي من أحياء
العرب فقالوا هل عندكم من راق فإن سيد الحي قد لدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل
بفاتحة الكتاب فبرئ فأعطي قطيعا من الغنم فأبى أن يقبلها فسأل عن ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك
أنها رقية قال ثم قال رسول الله خذوها واضربوا لي معكم بسهم وأما الذين
كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور
في الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقى وسواء كان الرقي بالقرآن أو بغيره والاستئجار عليه
عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس
وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكري الرجل فحله على أن ينزو أكواما
معلومة ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهي عن عسب

الفحل

صح برقية

صح فيهما

ابن بكير

العمل من اجارته نفسه في سائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على
السماع واستيجار الكلب هو ايضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعي
ولا عند مالك والشافعي يشترط في جواز استيجار المنفعة ان تكون متقومة
على انفرادها فلا يجوز استيجار تفاحة للشم ولا طعام لتزيين الحانوت اذ هذه
المنافع ليست متقومة على انفرادها وهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي
ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل
ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا تصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وقال
الابهري وغيره يزعم ان الاصح [illegible] الاجارة فيه وانما منع من منع اجارتها
لانه لا يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن اجاز اجارتها تصور فيها منفعة
مثل ان يتجمل بها او يتكثر او غير ذلك مما يمكن ان يتصور فهذه الباب
جملة هي مشهورة واما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة واما مسائل
الخلاف المتعلقة بما يجوز ان يكون ثمنا في المبيعات وما لا يجوز ومما
ورد النهي فيه من هذا الباب ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب
الفحل وكسب الحجام وفي الكهان فاما الكهان ومعنى نهي النبي صلى الله عليه
وسلم عن حلوان الكاهن ما كانوا يعطونه في الجاهلية الذي يتكهن وهذا
لا يجوز عند احد وهو استيجار ما لا تجوز منفعته [illegible] ولا من السلف
الذين [illegible] على القمح ووافقه الشافعي على هذا وقال [illegible]
استيجار الفحل [illegible] والرفق [illegible]
لنهيه صلى الله عليه وسلم عن عسيب الفحل وهذا اعلى مذهب مالك اجاز لانه
استيجار [illegible] معلوم واجاز [illegible] هو معلوم
[illegible] اجارة دار بسكنى دار اخرى واجاز ذلك مالك
ومنع ابو حنيفة ولعله راها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف جملة مشهورات
مسائل هذا الكتاب [illegible] فقهاء الامصار مالك وابو حنيفة والشافعي اتفقوا
بالجملة ان من شرط الاجارة ان يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر

وقال

الحمد لله وحده وصلى الله على من لا نبي بعده محمد وآله وسلم

ان المبيع حصر وورد ما … مثلي او مقوم وذا ان
متغيرا او متعددا وما … يظهر اعلمه حتم فرع علما
تلف عينه او استغلا وان … عيبه بدا وذا مقوم زكن
ان كان عم والنقص في برد … جميعه او المتمسك جمع
ودون ذا يلزم المسالح مع … تخيير لم المبتاع في الفرع
وذا اذا يعقود اما المنعدم … تخيير في المعيبة معطلا او رد
او جاز في المثل خير كما … من الطابع قال ابن رشد ما
المشتري المسالح بالعد مع … كون المعيب قيمة الاصل ارتفع
والعسر المبتاع مع تمسك … بسالم ورد غيره فاترك
ان استحق شايع وكثرا … خير مطلقا او حيث نزرا
خير كان منفسخ بالاضرار … ولم يرد العلم ان لا يبقى
باقيه بالحصة والثلث كثير … في الدار كالنصف بالارضيا
كذا اذا استحق او تلف ما … عين صرفة عشر فلقلما
وذا اذا قل واما ان كثر … جمع حصص الباقي جميعا فرد
وان يكن مثليا وكان ما تلف … او ما استحق ثلثا حيث انتفى
للمشتري تمسك بالباقي … وما ينوبه والتنصيف فلا
ودون ثلثه يلزم الباقي بما … ينوبه من ثمن فيه علما

يعني

انتهى على يد [illegible] غفر الله له ولوالديه
ولمن دعا له ولجميع المسلمين آمين

وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الاجل اذا لم تكن لها
غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة
متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشيا مثل كراء
الرواحل وذهب اهل الظواهر وطائفة من السلف الى جواز اجارة المجهولات
مثل ان يعطي الرجل حماره لمن يسقي عليه او يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة
الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل ما امتنع في المبيعات
واحتج الفريق الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساقات والجمهور على ان القراض
والمساقات مستثناة بالسنة فلا قياس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق
مالك والشافعي على انها اذا ضربت للمنفعة التي ليس لها غاية امد الزمان
محدود او محدود اول الامد وكان الامد يعقب العقد ان الاجارة جائزة واختلفوا
اذا لم يحد اول الزمان او حده ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان
ولم يحد اوله مثل ان يقول له استاجرت منك هذه الدار سنة بكذا او شهرا بكذا
ولا يذكر اول ذلك الشهر ولا اول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون اول
الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة ومنعه الشافعي لانه غرر واجازه مالك
لانه معلوم بالعادة وكذلك لا يجيز الشافعي اذا كان اول العقد متراخيا عن العقد
واجازه مالك واختلف في اصحابه في استئجار الارض غير المأمونة التغيير
فيما بعد من الازمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به
هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل ان يكري الدار عشرة اعوام
واكثر مما لا تتغير في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك اكثر من عام واحد وا
ختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في ارض المطر وارض السقي بالعيون
وارض السقي بالابار والانهار فاجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة
وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في ارض المطر الا العام الواحد
واما ارض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا الثلاثة اعوام او الاربعة
واما ارض الانهار والابار فلا يجوز الا العشرة اعوام فقط ولا ارى
خلافا ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد اول المدة وفي طولها وفي
بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد

المدة وجعل القدر الذي يجب لاقل المدة مثل ان يقول اكتري منك هذه الدار الشهر بكذا
ولا يضرب لذلك امدا معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك واصحابه يجوز
على قياس ان يكون من هذه الصورة بحسب الشهر بدرهم وهذا لا يجوز غيره
وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو
من الغرر المعفو عنه او المنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة
البيع والاجارة اجازه مالك ومنعه الشافعي وابو حنيفة ولم يجز مالك
ان يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع
فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال ابو حنيفة لا يجوز لانه عنده ان الانتفاع
بالمنافع المشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بها ممكن
كانتفاع المكري بها مع شريكه اعني رب المال ومن هذا الباب استئجار
الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر منع الشافعي ذلك على
الاطلاق واجاز ذلك مالك على الاطلاق واعني في كل اجير واجاز ذلك ابو
حنيفة في الظئر فقط **وسبب الخلاف** هل هي اجارة مجهولة ام
ليست مجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون
واما انواع الاجارة فان العلماء على ان الاجارة على ضربين اجارة منافع اعيان
محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة فشرطها
من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية او الصفة عنده كالحال في
المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي يستوفى
منافعه وفي الشيء الذي يستوفى به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا
والحمل الذي يستوفى به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لا يحتاج ان
يوصف وعند الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استاجر الراعي
على غنم باعيانها او موصوفة الاجارة اشتراط الخلف وعند غيره يلزم
الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة منه او يجعل البدل عند مالك لم يخرج من
الدين بالدين كما ان من شرط اجارة الارض غير المأمونة السقي عنده الا يشترط
فيها النقد الا بعد الري واختلفوا في الكراء هل يدخل في انواعه الخيار ام لا على قال

مالك يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعي لا يجوز فهذه هي المشهورات
من المسائل الواقعة في هذا القسم الأول من هذا الكتاب وهو الذي يشتمل على النظر
في محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهي الأشياء التي تجري من هذا العقد مجرى الأركان
وبها يوصف العقد إذا كانت على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد إذا
لم تكن على ذلك وبقي النظر في الجزء الثالث وهو أحكام هذا العقد الجزء الثاني
من هذا الكتاب وهو النظر في أحكام الإجارات وأحكام الإجارات كثيرة
ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين الجملة الأولى في موجبات هذا العقد ولو
ازمه من غير حدوث طارئ عليه الثانية في أحكام الطوارئ وهذه الجملة
تنقسم إلى الأشياء التي هي من موجبات الضمان وعدمه ومعرفة موجبات
الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف الجملة الأولى ومن مشهورات هذا
الباب متى يلزم المكتري دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن
فعند مالك وأبي حنيفة أن الثمن إنما يلزم جزءا فجزءا بحسب ما يقبض من المنافع
إلا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضا
معينا أو يكون كراء في الذمة وقال الشافعي يجب عليه الثمن بنفس العقد
فمالك رأى أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعي كأنه
رأى تأخيره من باب الدين بالدين ومن مسائل الكراء اختلافهم فيمن اكترى دابة أو دارا وما
أشبه ذلك هل له أن يكري ذلك بأكثر مما اكتراه فأجاز ذلك مالك والشافعي
وجماعة قياسا على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم أنه من باب
ربح ما لم يضمن لأن ضمان الأصل هو من ربه أعني من المكري وأيضا فإنه من باب بيع
ما لم يقبض وأجاز بعض العلماء إذا أحدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك إذا وقع
بهذه الصفة سفيان الثوري والجمهور يرون أن الإجارة في هذا شبيهة بالبيع
ومنها أن يكري الدار من الذي أكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة
لا يجوز وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال
بالباطل ومنها إذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرا أو ما
ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك ذلك له وقال داود ليس له ذلك ومنها
اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم أنه على أرباب

الدور وروي عنه أنه على المكتري وبه قال الشافعي واستثنى ابن القاسم في هذا الفنادق
التي يدخلها قوم ويخرج قوم فقال الكنس على أرباب الدار ومنها اختلاف أصحاب
مالك في الانهدام والتبييض من الدار هل يلزم رب الدار إصلاحه أم ليس يلزم ويحط
عنه من الكراء ذلك المقدار فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه ومسائل
هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب الجملة الثانية وهو
النظر في الأحكام والفصل الأول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول إن العلماء اختلفوا
في عقد الإجارات فذهب الجمهور أنه عقد لازم وحكي عن قوم أنه عقد جائز
تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا إنه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ
به فذهب جماعة فقهاء الأمصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم إلى
أنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل
استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ
على المستأجر مثل أن يكري دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور
قوله تعالى أوفوا بالعقود ولأن الكراء عقد على منافع فأشبه النكاح ولأنه عقد
على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبي حنيفة أنه شبه ذهاب ما به
يستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك
إذا كان الكراء في غير مخصوص عن استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد
الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا تتعين في الإجارة
وإن عينت فإن ذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة
إذا تلفت قال وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص
بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتيه
بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله يخيطه قال وقد قيل إنها تتعين بالتعيين
وينفسخ العقد بتلف المحال وقال بعض المتأخرين إن ذلك في المذهب ليس باختلاف
وإنما ذلك على قسمين أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما قصد
عينه أو مما لا يقصد عينه فإن كان مما يقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر
إذا مات الطفل وإن كان مما لا يقصد عينه لم ينفسخ كالإجارة على رعاية الغنم

باعيانها او بيع فعل في حانوت وما اشبه ذلك واشترط ابن القاسم في المدونة
انه اذا استاجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز الا ان يشترط الخلف هو
التفات منه الى انها تنفسخ بذهاب عين المستوفى المعين لاكن لما راى التلف سابقا
الى الفسخ راى انه من باب الغرر فلم يجز الكرا عليها الا باشتراط الخلف ومن
نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكرا بموت احد المتعاقدين المكري والمكتري
فقال مالك والشافعي واحمد واسحق وابو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكرا
وقال ابو حنيفة والثوري والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة
فلم ينفسخ بموت احد المتعاقدين اصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقله لاصل
الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل اصله البيع في العين المستاجرة
مدة طويلة اعني انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا علمنا ان انتقال الملك
والاخرى الملك لغيره وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح
اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا
على المالكية بقولهم ان الاجارة عندهم تستحق جزءا فجزءا بما يقبض من
المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فما حدث في ملك المالك وبقيت الاجارة فان المستاجر
مستوفي ملك الوارث حقا بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات
المستاجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه
دين بالاجماع بعد موته واما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة عندهم
ينفسخ العقد على ما سلف من ذلك وعنده ان كراء ارض المطر اذا اكريت فمنع القحط
زراعتها او زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت
بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكتري من ان يزرعها وسائر الجوائح التي
تصيب الزرع لا تحط عنه من الكراء شيئا وعنده ان الكراء الذي يتعلق بوقت ما انه ان كان
ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في ايام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت
انه ينفسخ الكراء وان لم يكن الوقت مقصودا فانه لا ينفسخ هذا كله عنده
في الكراء الذي يكون في الاعيان فاما الكراء الذي يكون في الذمة فانه لا ينفسخ

عنده بذهاب العين التي قبض المستاجر ليستوفي منها المنفعة اذ كان لم ينعقد
الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف في الذمة وفروع هذا الباب ايضا
كثيرة واصوله هي هذه التي ذكرناها **الفصل الثاني** وهو النظر في الضمان
عند الفقهاء على وجهين بالتعدي او لمكان المصلحة وحفظا للاموال فاما بالتعدي
فيجب على المكري بالاتفاق والخلاف انما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك
او لا يوجبه وفي قدره فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع
ما فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكرا فقال الشافعي
واحمد عليه الكرا الذي التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة
التي تعدى وقال مالك رب الدابة بالخيار في ان ياخذ كراء دابته في المسافة
التي تعدى او يضمنه قيمة الدابة وقال ابو حنيفة لا كراء عليه في المسافة
المتعدية ولا خلاف انها ان تلفت في المسافة المتعدية انه ضامن لها
وعمدة الشافعي انه تعدى على المنفعة فلزمه اجرة المثل اصله التعدي
في سائر المنافع واما مالك فكانه لما حبس الدابة عن اسواقها راى انه قد تعدى
عليه فيها بنفسها فاشبه بالغاصب وفيه ضعف واما مذهب ابي حنيفة
فبعيد جدا كما يقتضيه الاصول الشرعية واقرب الى الاصول في هذه المسالة
هو قول الشافعي وعن مالك ان عثار الدابة ان كانت عثورا انه يعرف صاحب
الدابة يضمن به الحمل وكذا الكراء ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة
واما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد من جهة المصلحة فهم الصناع
ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استاجر عليه
الا ان يتعدى ما عدا حامل الطعام فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الا ان تقوم
له بينة على هلاكه من غير سببه واما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات
المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن ابي ليلى وابو يوسف
يضمنون ما هلك عندهم وقال ابو حنيفة لا يضمن من عمل بغير اجر ولا الخاص
ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم

هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر او بغير اجر وبتضمين الصناع قال علي وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل واجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة واما من فرق بين ان يعملوا باجر او لا يعملوا فلان العامل بغير اجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض اصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك ايضا من لم ينتصب بنفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا انه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن الا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ اشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلف اصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة ام لا اذا كان هلاكه بعد تمام الصنعة او بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا اجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن المواز ان المصيبة انما نزلت بالمستاجر فوجب ان لا يمضي عمل الصانع باطلا ووجه ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتعد من الاجير وقول ابن المواز اقيس وقول ابن القاسم اكثر نظرا الى المصلحة لانه رأى ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال ابو حنيفة عليه الضمان الا من موج واصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما اتى على ايديهم من خرق او كسر في المصنوع

[حاشية: الا] [حاشية: لكليهما]

وقطع اذا عمله في حانوته وان كان صاحبه قاعدا معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ واما الطبيب وما اشبهه اذا اخطأ في فعله وكان من اهل المعرفة فعليه الضمان في النفس والدية قيل في ماله وقيل على عاقلته

الفصل الثالث

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب ايضا مسائل مشهورة منها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال ابو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن ابي ليلى القول قول الصانع وسبب الخلاف من المدعي منهما على صاحبه والمدعى عليه ومنها اذا ادعى الصانع رد ما استصنع فيه وانكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصانع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في ايديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرؤون الا ببينة واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالمشهور في المذهب ان القول قول الصانع كقول المكري وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكري والمكتري او الاجير والمستاجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على ان المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالمشهور في المذهب قول المكتري والمستاجر لانه الغارم والاصول على ان القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكري والمستاجر اذا كانت العين المستوفات منها المنافع في قبضه مثل الدار وما اشبه ذلك واما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل هذا الباب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب والرواحل وذلك اما اختلافهما لا يخلو ان يكون في قدر المسافة او نوعها او في قدر الكراء او في نوعه وان كان اختلافهما في نوع المسافة او نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف

[حاشية: رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكري والمكتري وقيل بل القول قول الصانع ع]

[حاشية: فلا يقتضي علمهم في النقص والزيادة على الحاجة فيما دون الثلث ويضمنان فيما دون الثلث والثلث وان كان ... اهل المعرفة ع]

المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انتقد او لم ينتقد وقال غيره القول
قول رب الدابة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة
فان كان قبل الركوب او بعد ركوب يسير فانهما يتحالفان ويتفاسخان وان كان
بعد ركوب كثير او بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب
الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه
قوله تحالفا ويفسخ الكراء على حكم المسافتين بما خص منه للمسافة
التي ادعاها رب الدابة اعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان
اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكتري نقد او لم ينقد لانه
مدعى عليه وان اختلفا في الامرين جميعا في المسافة والثمن مثل ان يقول
رب الدابة بقرطبة اكريتها منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكتري
بل بدينار الى اشبيلية فان كان ذلك قبل الركوب او قبل ركوب لا ضرر
عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير او بلوغ
المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينتقد المكتري شيئا كان القول
قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكتري في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب
له من قرطبة الى قرمونة على ان لو كان الكراء الى اشبيلية وذلك اذا اشبه
قول المكتري وان لم يشبه ما قال رب الدابة عن دينارين وان المكتري نقد
الثمن الذي يدعي انه للمسافة الكبرى واشبه قول رب الدابة في المسافة
ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشيء منه لانه مدعى عليه
في بعضه وهو يقول بل هو لي وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله
في الزيادة ويحلف على ما لم يقبضه والمسافة اشبه ما قال او لم
يشبه الا انه اذا لم يشبه فمن الكراء الذي اقر به المكتري على المسافة كلها
فيأخذ رب الدابة من ذلك المسافة التي ادعاها وهذا الفرق كله
في هذا الكتاب والحمد لله رب العالمين صلى الله على محمد وآله وسلم تسليما

قرمونة

كتاب الجعل والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها

مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود
العبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز في اليسير
بشرطين احدهما ان لا يضرب لذلك اجلا والثاني ان يكون الثمن معلوما
وقال ابو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان عمدة من اجازه قوله تعالى ولمن
جاء به حمل بعير وانا به زعيم واجماع الجمهور على جوازه في الاباق والضوال
وما جاء في الاثر من اخذ الثمن على الرقية بام القرآن وعمدة من منع
الغرر الذي فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك
ان الجعل لا يستحق شيء منه الا بتمام العمل وانه ليس بعقد لازم واختلف مالك واصحابه
في هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل او اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد
البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهب الى ان حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع ان له قدر
ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج
فهو اجارة له بحسب الموضع الذي وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله
وشرطه وصفته واحكامه فاما محله فهو ما كان من الاعمال التي لا ينتفع الجاعل بجزء منه
لانه اذا لم يتم العمل انتفع الجاعل بجزء مما عمل المشترط للجعل ولم يات بالمنفعة
التي انعقد الجعل عليها وقالوا في حكم الجعل لانه اذا لم يات بالمنفعة التي عليها
انعقد الجعل لم يكن له شيء فاذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل المجعول له من غير عوض
كان ظلما وذلك ظلم ولذلك تختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل
او اجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هو مما يجوز فيه الجعل او لا يجوز
مثل اختلافهم في المغارسة على شطر الاثمار وفي كراء المغارسة انها تشبه
الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عند مالك ان يعطي الرجل ارضه لرجل على ان يغرس
عددا من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه
كمل كتاب الجعل بحمد الله كتاب القراض ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض
وانه مما كان في الجاهلية فاقر في الاسلام واجمعوا ان صفته ان يعطي الرجل
الرجل المال على ان يتجر به على جزء معلوم ياخذه العامل من ربح المال اي جزء
كان مما يتفقان عليه ثلثا او ربعا او نصفا وان هذا مستثنى من الاجارة

كتاب القراض

المجهولة وان الوضيعة في ذلك اذا لم يكن من قبل العامل على رب المال وانه لا ضمان
على العامل فيما تلف من راس المال اذا لم يتعد وان كانوا اختلفوا فيما هو تعد مما ليس
بتعد وكذلك اجمعوا بالجملة على انه لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة
الربح او في الغرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط
مما لا يقتضيه وكذلك اتفقوا على انه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا
في غير ذلك والنظر في صفته وفي محله وفي شروطه وحكمه وفي
احكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات
مسائلهم الباب الاول في محله اما صفته فقد تقدمت وانهم اجمعوا
عليها واما محله فانهم اجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم
واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على انه لا يجوز القراض
بالعروض وجوزه ابن ابي ليلى وحجة الجمهور ان راس المال اذا كان عروضا
كان غررا لانه يقبض العرض وهو يساوي قيمة ما ويرده وهو يساوي قيمة غيرها فيكون راس المال
والربح مجهولا واما ان كان راس المال ما يباع به العرض فان مالكا منعه
والشافعي ايضا واجازه ابو حنيفة وحجة مالك انه قارضه على ما يبيع
به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قارضه على راس مال مجهول
ويشبه ان يكون ايضا انما منع المقارضة على قيم العروض لكون ما
يتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ يصير له فضلا في القراض وكذلك
ان اعطاه بالثمن الذي اشتراه به ولكنه اقرب الوجوه الى الجواز ولعل
هذا هو الذي جوزه ابن ابي ليلى بل هو الظاهر من قوله فانهم حكوا عنه
انه يجوز ان يعطي الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا
انما هو على ان يجعل اصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ويشبه ايضا
ان يجعل اصل المال الثمن الذي يبيعه به ان يقوم المقارض في تصريفه رب المال على اخذ
القراض منه واختلفوا في القول في القراض بالنقر من الذهب والفضة
فروي عن مالك عند اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه
بالتصريح وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقر

ومنعه شبهها بالعروض ومن اجازه شبهها بالدنانير والدراهم
لقلة اختلاف اسواقها واختلف ايضا اصحاب مالك في القراض بالفلوس
فمنعه ابن القاسم واجازه اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء
مالك والشافعي وابو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز
ان يعطيه له قراضا قبل ان يقبضه اما العلة عند مالك فمخافة
ان يكون اعسر بماله فهو يريد ان يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون
الربا المنهي عنه واما العلة عند الشافعي وابي حنيفة فان ما في الذمة
لا يتحول ويعود امانة واختلفوا اذا امر رجل ان يقبض دينا له على رجل اخر
ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك واصحابه لانه راوا انه
ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على اصلهم ان من
اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد واجاز ذلك الشافعي
والكوفي فقالوا لانه وكله على القبض لا انه جعل القبض شرطا في المضاربة
فهذا هو القول في محله واما صفته فهي الصفة التي ذكرناها
الباب الثاني في مسائل الشروط وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي
ما ادى عندهم الى غرر او الى مجهلة زائدة ولا اختلاف بين العلماء انه
اذا اشترط احدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض
بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع
نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا في التفصيل فمن
ذلك اختلافهم اذا اشترط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال
الشافعي لا يجوز وقال ابو حنيفة هو قرض لا قراض فالشافعي
راى انه غرر لانه ان كان خسر كان على رب المال وبهذا يفارق القرض
وان كان ربح فليس له فيه شيء ومالك راى انه احسان من رب المال وتطوع
اذ كان يجوز له ان ياخذ منه الجزء القليل من المال الكثير ومنها اذا
اشترط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو

[illegible]

جالس وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه القراض جائز والشرط
باطل وعمدة مالك ان شرط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد
واما ابو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه ان البيع
جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم واختلفوا
في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط
عليه تعيين جنس ما من السلع او تعيين موضع ما للتجارة او تعيين
صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط
جنس من السلع لا يجوز ذلك الا ان يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف
وقتا او وقتا من السنة وقال ابو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان
تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط
من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وابو حنيفة استخف
الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه ان لا يشتري جنسا ما من السلع
لكان على شرطه في ذلك بالاجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور
واجازه ابو حنيفة الا ان يتعاقدا فيمنع من بعده رأى ان في ذلك تضييقا
على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر
عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن اجاز الاجل شبه
القراض بالاجارة وفي هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال
زكاة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز
ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم عن مالك جائز ورواه عن مالك
وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل
ورب المال مجهولة لانه لا يدري كم يكون المال حين وجوب الزكاة فيه
وتشبيها باشتراط زكاة اصل المال عليه اعني على العامل فانه
لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة
وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى
فكأنه اشترط عليه في الربح الثلث الا ربع العشر او النصف
الا ربع العشر وذلك جائز وليس مثل اشتراط زكاة رأس المال
لان ذلك معلوم القدر معلوم النسبة فلا يمكن ان يحيط

بالربح فيبقى عمل القراض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال
في المذهب فيه قولان وقد قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه
العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل بعكس
هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على ان يكون
للغلام نصيبه من المال فاجازه مالك والشافعي وابو حنيفة وقال اشهب
من اصحاب مالك لا يجوز ومن اجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز
ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فاما ان يشترط غلامه
فقال الثوري لا يجوز وللعامل فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حكم العامل
يكون عنده مجهولا

القول في احكام القراض

والاحكام منها ما هي
احكام القراض الصحيح ومنها ما هو احكام القراض الفاسد واحكام القراض
الصحيح منها ما هي من موجبات العقد اعني انها تابعة لموجب العقد ومختلف
فيها هل هي تابعة او غير تابعة ومنها احكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم
يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر
من هذه الاصناف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات
العقد فنقول انه اجمع العلماء على ان اللزوم ليس من موجبات عقد القراض
وان لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض واختلفوا اذا شرع
في العمل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث وان مات وكان للمقارض بنون
امناء كانوا في القراض مثل ابيهم وان لم يكونوا امناء كان لهم ان يأتوا بامين
وقال الشافعي وابو حنيفة لكل واحد منهما الفسخ اذا شاء وليس هو عقد
يورث فمالك الزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة
والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما قبل الشروع في العمل والخلاف بينهم ان المضارب انما
يأخذ حظه من الربح بعد ان ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح
جبر الخسران من الربح واختلفوا اذا دفع الرجل الى رجل مالا قراضا فهلك
بعضه قبل ان يعمل ثم عمل به فربح فيه فأراد المقارض ان يجعل رأس المال
بقية المال بعد الذي هلك هل له ذلك ام لا فقال مالك وجمهور العلماء
ان صدقه رب المال وان دفع رجل الى رجل مالا قراضا فهلك منه جزء قبل ان يعمل
فيه

ولا خبرة بذلك وبصدقه في قال ان يكون البائع عفى كذا فاذا علم الشرط المنفعة
لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه راس المال وربحه وينقطع القراض الاول وقال
ابن حبيب من اصحاب مالك انه يلزمه في ذلك القول ويكون البائع فيما
وهذه المسئلة هي من احكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت
وجوب القسمة وهي من احكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقة من
المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة اقوال فقال الشافعي في اشهر
اقواله لا نفقة له اصلا الا ان ياذن له رب المال وقال قوم له نفقته
وبه قال ابراهيم النخعي والحسن وهو احد ما روي عن الشافعي وقال
آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في
الحضر وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري وجمهور العلماء الا ان مالكا
قال اذا كان المال يحمل ذلك نفقته وقال الثوري ينفق ذاهبا ولا ينفق
راجعا وقال الليث يتغدى في المصر ولا يتعشى وروي عن الشافعي
ان له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور ان لا نفقة
له في المرض وحجة من لم يجز ان ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز اصله
المنافع وحجة من اجازه ان عليه العمل في الصدر الاول ومن اجازه في الحضر شبهه
بالسفر واجمع علماء الامصار انه لا يجوز للعامل ان ياخذ نصيبه من الربح
الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط في قسمة المال واخذ العامل حصته
وانه ليس يكفي في ذلك ان يقسمه بحضور بينة ولا غيرها

أحكام الطوارئ

واختلفوا اذا اخذ المقارض حصته بغير حضور رب المال ثم ضاع
المال او بعضه فقال مالك ان اخذ بغير رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما
ادعاه والضياع وقال الشافعي وغيره وابو حنيفة والثوري ما اخذ العامل
يرده ويجبر به راس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنا لك واختلفوا
اذا هلك مال القراض بعد ان يشتري العامل به سلعة ما وقبل ان ينقده
البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة
السلعة مرة ثانية ثم يكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وان شاء
تبرا عنها وقال ابو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبيها بالوكيل

الا انه قال يكون راس المال في ذلك القراض الثمنين ولا يقتسمان الربح الا بعد
حصوله عينا اعني ثمن تلك السلعة التي تلفت اولا والثمن الثاني الذي لزمه
بعد حصوله واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض
فكره ذلك مالك واجازه ابو حنيفة على الاطلاق واجازه الشافعي
بشرط ان يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره
من ذلك مالك ان يكون يرخص له في السلعة من اجل ما قارضه فكانه
رب المال اخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه ولا اعرف
خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد
فاستغرق الكراء قيمة السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل
لا على رب المال لان رب المال انما دفع اليه ماله ليتجر به فما كان من
خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه
واختلفوا في العامل يستدين مالا يتجر به مع مال القراض فقال مالك
ذلك لا يجوز وقال الشافعي وابو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح
بينهما على شرطهما وحجة مالك انه كما لا يجوز ان يستدين على
المضاربة كذلك لا يجوز ان ياخذ دينا فيها واختلفوا هل للعامل ان يبيع
بالدين اذا لم يامره رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه
قال الشافعي وقال ابو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على ان العامل
انما يجب له ان يتصرف في عقد القراض فيما يتصرف فيه الناس غالبا
في اكثر الاحوال فمن راى ان التصرف بالدين خارج عما يتصرف
فيه الناس في الاغلب لم يجزه ومن راى انه مما يتصرف فيه الناس اجازه
واختلف مالك والشافعي وابو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله
بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا هو
تعد ويضمن وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من
فقهاء الامصار انه ان دفع العامل راس مال القراض الى مقارض آخر

انه ظاهر ان كان خسران وان كان ربح بدا له على شرطهما ثم يكون للذي عمل ذلك ما سمى
على الدين مع البيع وهو فيه محكمه مما هو من المال وقال المزني عن الشافعي
يبهرك الاجرة مثله لانه عمل على فساد اما **القول في حكم القراض الفاسد**
واتفقوا على ان حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت
بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله
على اقوال احدها انه يرد جميعه الى قراض مثله وهو رواية ابن الماجشون
عن مالك وقوله وقول اشهب والثاني انه يرد جميعه الى اجارة مثله
وبه قال الشافعي وابو حنيفة وعبد العزيز بن ابي سلمة من اصحاب
مالك وحكى عبد الوهاب انها رواية عن مالك والثالث انه يرد الى
قراض مثله ما لم يكن اكثر مما سماه وانما له الاقل مما سماه ومن قراض
مثله ان كان رب المال هو يشترط على المقارض والاكثر من قراض مثله
او مما سماه ان كان المقارض هو يشترط الشرط الذي يقتضي
الزيادة التي من اجلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن
مالك والرابع انه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها احد
المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد احدهما بها على صاحبه
والى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها احد المتقارضين خالصة
لمشترطها مما ليس في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل
وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم واصبغ واختيار ابن حبيب
واما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر
قال ان فيها اجرة المثل وبعضها قال فيها قراض المثل وقد اختلف الناس
في تاويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب
اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي رحمة الله
عليهم ومنهم من جعل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه اجرة
المثل الا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالعروض والقراض
بالضمان والقراض الى اجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على ان لك في المال

شركا واذا اختلف المتقارضان وانما يحمل ما لا يشبه فحملا على دعواهما
واذا دفع اليه المال على الا يشتري به الا بالدين فاشترى بالنقد او على الا يشتري
الا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة واشترى غير ما امره به فهذه
المسائل يجب ان ترد الى علة واحدة والا فهو اضطراب من قول ابن القاسم
وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة
العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها احدهما
على الاخر رد الى اجرة المثل والاشهر ان يكون له الاجرة مطلقا بالعكس والفرق
بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال
ربح او لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل
والا فلا شيء. **القول في اختلاف المتقارضين** واختلف العلماء اذا اختلف
العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه فقال مالك القول قول
العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا
اتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا اتى بما
لا يشبه وقال ابو حنيفة واصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري
وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له اجرة مثله وسبب
اختلاف مالك وابي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين
على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه او لانه في الاغلب اقوى شبهة
فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه اقواهما شبهة
في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن واما الشافعي
فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف
في هذا الباب

كتاب المساقاة

القول في المساقاة اما اولا ففي جوازها والثاني في معرفة الصحة والفساد فيها والثالث
في احكامها. **القول في جواز المساقاة** فاما جوازها فعليه جمهور
العلماء مالك والشافعي والثوري وابو يوسف ومحمد بن الحسن

صاحبا ابي حنيفة واحمد وداود وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم
يخلق ومن الاجارة المجهولة وقال ابو حنيفة لا تجوز المساقاة اصلا وعمدة
الجمهور في اجازتها حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم دفع الى اليهود خيبر نخل خيبر وارضها على ان يعملوها
من اموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجه البخاري
ومسلم وفي بعض رواياته انه صلى الله عليه قال لليهود حين فتح خيبر
اقركم على ما اقركم الله على ان الثمر بيننا وبينكم قال
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله ابن رواحة فيخرص
بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي وكذلك مرسله
عن سليمان بن يسار في معناه واما ابو حنيفة ومن قال بقوله
فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل
ان يكون اقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون اقرهم على انهم ذمة الا انا
اذا انزلنا انهم ذمة كان مخالفا للاصول لانه بيع ما لم يخلق وايضا
فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا الا القسمة بالخرص واستدلوا
على مخالفته للاصول بما روي في حديث عبد الله بن رواحة انه كان
يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم
فلي واضمن نصيبكم وهذا حرام بالاجماع وربما قالوا ان النهي الوارد عن
المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة
هي كراء الارض ببعض ما يخرج منها لان المساقاة تقتضي جواز ذلك
وهو [illegible] ايضا في بعض روايات احاديث المساقاة ولهذا المعنى
لم يقل بهذه الزيادة مالك والشافعي مع انه قد جاء انه صلى الله
عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرج الارض والثمرة وهي زيادة
صحيحة فهذا ما اختلف فيه [illegible] القول في صحة المساقاة والنظر في
الصحة راجع الى اركانها والى وقتها والى شروطها المشترطة

ساقاهم على نصف ما تخرج الارض والثمرة [illegible]
[illegible] الارض [illegible] صلى الله عليه وسلم

والاركان اربعة المحل المخصوص بها والجزء الذي ينعقد عليه وصفة العقد
الذي ينعقد عليه والمدة التي يجوز فيها وينعقد عليها الركن الاول
في محل المساقاة واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة
الا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز
في كل اصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما اشبه ذلك من غير ضرورة
وتكون في الاصول غير الثابتة كالمقاثي والبطيخ مع عجز صاحبها
وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه
اجازها فيها اذا نبتت قبل ان تستقل فعمدة من قصرها على النخل انها
رخصة فوجب الا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة واما
مالك فهو رأى انها رخصة ينتفع فيها بسبب على وجه تعدية ذلك
الى الغير وقد يقاس على الرخص واما داود فهو يمنع القياس جملة
في المسائل على اصوله مثل ذلك واما الشافعي فيعلل اجازتها في الكرم
وقيل ان الحجة في المساقاة هي ما جاء في حديث عتاب
بن اسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وامره ان يخرص العنب
وتؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى زكاة النخل تمرا وفي حديث ابي داود عن ابن شهاب
لانه مرسل عن سعيد بن عبد الرحمن بن اسحاق وليس بالقوي واختلفوا
اذا كان مع النخل ارض بيضاء او مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض
مع النخل بجزء من النخل او بجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك
طائفة وبه قال صاحبا ابي حنيفة والليث واحمد والثوري وابن ابي ليلى
وجماعة وقال الشافعي واهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا في الثمر
فقط واما مالك فقال اذا كانت الارض تبعا للثمر وكان الثمر اكثر ذلك
فلا باس بدخولها في المساقاة اشترط جزءا خارجا منها او لم
يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فما دونه اعني ان يكون
مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه ولم يجز ان يشترط رب الارض

اذا لم يكن [illegible] الاشياء التي تعلقت الرخص
[illegible] وقد منعوا القياس على الرخص [illegible]

ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعي ذلك
جائز وحجة من اجاز المساقات عليهما جميعا اعني على الارض بجزء
مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روي من
النهي عن كراء الارض بما يخرج منها من حديث رافع بن خديج وقد تقدم
ذلك وقال احمد بن حنبل احاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث
ابن عمر اصح واما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان
مبني على غير الاصول لان الاصول تقتضي انه لا يفرق بين الجائز
من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم
في المساقات في البعل فاجازها مالك والشافعي واحمد
ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقات في البعل وانما اجازها
الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه اعمال اخر
مثل الابار وغير ذلك واما الليث فيرى ان السقي بالماء هو الفعل
الذي تنعقد عليه المساقات ولمكانه وردت الرخصة فيها

الركن الثاني

الركن الثالث واما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة اجتمعوا
على ان الذي يجب على العامل هو السقي والابار واختلفوا في الجداد على
من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية اما مالك فقال في الموطا
السنة في المساقات التي يجوز لرب الحائط ان يشترط سد الحظار
وخم العين وشرب الشرب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا
واشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل ان يفهم منه
دخول هذه في المساقات بالشرط ويمكن ان يفهم منها دخولها
فيها بنفس العقد وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لانه
ليس من جنس ما يوثر في زيادة الثمر مثل الابار والسقي وقال محمد
ابن الحسن ليس عليه تنقية السواقي والانهار واما الجداد فقال مالك

والشافعي هو على العامل الا ان مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز
وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتبطل به المساقات ان وقع وقال محمد بن الحسن
الجداد بينهما بنصفين وقال المحصلون من اصحاب مالك ان العمل في الحائط على
وجهين عمل ليس له تاثير في اصلاح الثمر وعمل له تاثير في اصلاح الثمر والذي
له تاثير في اصلاحها منه ما يتابد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى
بعد الثمر فاما الذي ليس له تاثير في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقات
لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير واما ماله تاثير في اصلاح
الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقات لا بنفس العقد
مثل انشاء حفر بير او انشاء ضفيرة للماء او انشاء غراس او انشاء بيت
يجنى فيه الثمر واما ماله تاثير في اصلاح الثمر ولا يتابد فهو لازم بنفس
العقد وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكروم وتقليم الشجر والتذكير
والجداد وما اشبه ذلك واجمعوا على ان ما كان في الحائط من الدواب
والعبيد انه ليس من حق العامل واختلفوا في شرط العامل ذلك
على المساقي فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل
المساقات فاما ان اشترط منها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز وقال
الشافعي لا باس بذلك وان لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من اصحاب
مالك وقال محمد بن الحسن لا يجوز ان يشترطه العامل على رب المال
ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه قول من لم يجزه ان ذلك
ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن اجازه رأى ان ذلك
تابعا ويسيرا ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسن مالك ذلك
في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقات ومنعه في غيرهم
لان اشتراط المنفعة في ذلك اشبه وانما فرق محمد بن الحسن
لان اشتراطها على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقات
وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقات على انه ان كانت

ضفيرة

الشجر

والشافعي

المنفعة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده في ذلك
لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هي صفة هذا الركن والنظر وهو
الجلي في فيه من غير الجائزة **الركن الثالث** واجمعوا على ان المساقاة
تجوز بكل ما اتفقا عليه من اجزاء الثمر واجاز مالك ان تكون الثمرة
كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل ان ذلك منحة لا قراض وقيل
لا يجوز واتفقوا على انه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل
ان يشترط احدهما على صاحبه زيادة دراهم او دنانير ولا شيئا
من الاشياء الخارجة من المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك
مثل سد الحظيرة واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز
عند مالك ان يساقي على حائط بجزء احدهما على جزء والآخر على جزء واحتج
بمعاملته صلى الله عليه وسلم في خيبر وذلك انه ساقى على حوائط
مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف واكثر العلماء على ان القسمة
بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون الا بالكيل وفي الارض الشركة
وانها لا تجوز بالخرص واجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف
في ذلك اصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا
يجوز في الثمار الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق
اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور ان ذلك يدخله
الفساد من جهة المزابنة ومن جهة بيع الرطب بالتمر والطعام
بالطعام نسيئة وحجة من اجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية
وبالخرص في الزكاة وفيه ضعف واقوى ما اعتمد في ذلك
فيما جاء في الخرص في المساقاة خبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء
بن يسار **الركن الرابع** واما اشتراط الوقت المشترط في جواز
عقد المساقاة فانهم اتفقوا على انها تجوز قبل بدو صلاح الثمرة واختلفوا
في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين

بالمساقاة الى انه لا يجوز وقد قيل بعد الصلاح وقال سحنون واصحاب
مالك لا باس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز
ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور
ان المساقاة فيما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية
الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وانما هي
اجارة او بيع وحجة من اجاز ذلك انه اذا جازت قبل ان يخلق الثمر
فهو بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول
لانه يجوز بيعها اعني عند الجمهور واما الوقت الذي هو شرط في مدة
المساقاة فان الجمهور على انه لا يجوز ان يكون مجهولا اعني مدة
غير مؤقتة واجاز طائفة ان تكون الى مدة غير مؤقتة منهم
اهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياسا
على الاجارة وعمدة اهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله
صلى الله عليه وسلم اقركم على ما اقركم الله وكره مالك المساقاة
فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لا بالاهلة واما
هل للعقد شرط في صحة العقد فانهم اختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم
الى ان من شرط صحتها ان لا تنعقد الا بلفظ المساقاة وانه
ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم
تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون **القول في احكام**
الصحيح والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل
بخلاف القراض عنده الذي انما ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند
مالك عقد موروث وللورثة المساقي ان ياتوا بامين يعمل ان لم يكونوا
امناء وعليهم العمل ان ابى الورثة من تركته وقال الشافعي اذا لم
تكن له تركة فليس على الورثة ان يعملوا وان كانت له تركة لزمه العمل
وان كانت له تركة لزمه المساقاة وقال الشافعي تنفسخ المساقاة
بالعجز ولم يفصل وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له ان يساقي

غيره ووجب عليه ان يستاجر من يعمل وان لم يكن له شي استوجر من حظه من الثمر
واذا كان العامل لصا او ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكي عن الشافعي
انه قال يلزمه ان يقيم غيره للعمل وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل
استاجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك ان يشترط كل
واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابها عنده
نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال
والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر فقال مالك القول
قول العامل مع يمينه اذا اتى بما يشبه وقال الشافعي يتحالفان
ويتفاسخان ويكون للعامل الاجرة تشبيها بالبيع وانما اوجب
مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن اصله ان اليمين تجب على اقوى
المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة اشتهر الخلاف فيها
بين الفقهاء غير هذه التي ذكرنا. اما احكام المساقاة الفاسدة
واتفقوا على ان المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع
انها تفسخ ما لم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها
فقيل انها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من انواع المساقاة الفاسدة
وهو قياس قول الشافعي وقيل انه احدى الروايتين عن مالك وقيل ترد
الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون ورواية عن مالك واما
ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة
المثل واختلف التاويل عليه في ذلك فقيل من مذهبه انها ترد الى اجارة المثل
الا في اربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها احداها المساقاة
في حائط فيه ثمر قد اطعم والثانية اذا اشترط المساقي على رب المال ان يعمل
معه والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة والرابعة اذا
ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل
عنده في ذلك ان المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها
من الاجارة الفاسدة او من بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه وذلك

للعمل

بان يشترط احدهما على صاحبه من زيادة ردها الى اجرة المثل مثل ان يساقيه
على ان يزيد احدهما صاحبه دنانير او دراهم وذلك ان هذه الزيادة ان كانت
من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل ان يخلق
واما ما فسد من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة
المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المساقاة المسئلة قول رابع
وهو انه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن اكثر من الجزء الذي عليه شرط ان كان الشرط
للمساقي او اقل ان كان الشرط للمساقي وهذا كاف بحسب غرضنا

كتاب الشركة

والنظر في الشركة في انواعها وفي اركانها الموجبة للصحة وفي الاحكام
ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه على ما قصدناه
في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار اربعة انواع شركة العنان
وشركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه وواحدة منها متفق عليها
وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا
في بعض شروطها على ما سياتي بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف
في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها. القول في شركة العنان
والاركان في هذه الشركة ثلاثة الاول محل الاموال والثاني في معرفة قدر الربح
من قدر المال المشترك فيه والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من
قدر المال. الركن الاول فاما محل الشركة فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما
اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على ان الشركة تجوز في الصنف الواحد
من العين اعني الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيعا لا يقع فيه مناجزة
ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا
المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما اعلم على الشركة في العرضين يكونان
صفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة
مثل الشركة بالدنانير من احدهما والدراهم من الاخر وبالطعام الربوي اذا كان
صنفا واحدا فها هنا ثلاث مسائل المسئلة الاولى فاما الشركة

في صنفين من العروض او بعروض ودراهم او دنانير فاجازه ابن القاسم وهو مذهب
مالك وقد قيل عنه انه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع
وذلك ان يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزءا من عرضه بجزء من العرض
الاخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيه الشركة القيم والشافعي يقول لا
تنعقد الشركة الا على اثمان العروض وحكى ابو حامد ان ظاهر مذهب الشافعي
يشير الى ان الشركة في العروض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير وان الفقهاء اتفقوا ان الشركة
فيه فهو موضع الخلاف المسئلة الثانية وان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة
بالدنانير من عند احدهما والدراهم من عند الاخر وبالطعامين الربويين فاختلف
في ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند احدهما
والدنانير من عند الاخر من الشركة والصرف وعدم التناجز وبالمنع قال
ابن القاسم وهو يعتبر في هذه العلل اجازها المسئلة الثالثة واما الشركة
بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على جواز
في الصنف الواحد من الذهب والفضة ومنعها مالك في احد قوليه
وهو المشهور لعدم المناجزة الذي تدخل فيه اذ رأى ان الاصل هو الا يقاس
على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك
ان الشركة تفتقر الى الاستواء في القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء في الكيل
وافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك
لا يكاد يوجد فكره ذلك مالك فهذا هو اختلافهم في جنس محل
محل الشركة ان يختلطا اما حسا واما حكما مثل ان يكونا في صندوق
واحد وايديهما مطلقة عليه وقال الشافعي لا تصح الشركة
وان كان مال احدهما بيده وقال ابو حنيفة تكفي في انعقاد الشركة
بالقول ومالك اشترط الخلط الا انه اشترك في التصرف في المال
والشافعي اشترط الى هذا بين الاختلاط والفقهاء بالاختلاط يكون
عمل الشريكين افضل وانه لا التصرف يوجد منه الشريكين ...

لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن الركن الثاني ووجه قسمتها الربح
وانهم اتفقوا على انه اذا كان الربح تابعا لرؤوس الاموال اعني انه ان كان
اصل مال الشركة متساويا يكون الربح بينهما بنصفين واختلفوا
هل يجوز ان تختلف رؤوس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك
والشافعي لا يجوز وقال اهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك
تشبيه الربح بالخسران فكما انه لو اشترط احدهما جزءا من
الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزءا من الربح خارجا عن ماله
وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين اعني ان المنفعة
بينهما تكون على نسبة اصل الشركة وعمدة اهل العراق تشبيه
الشركة بالقراض وذلك انه لما جاز في القراض ان يكون للعامل من الربح
ما اصطلح عليه والعامل ليس يحصل من جهته الا عمل فقط كان في الشركة
احرى ان يجعل العامل جزءا من المال اذا كانت الشركة من الاموال
كل واحد منهما وعمل ويكون ذلك الجزء مقابل الفضل عمله على عمل
صاحبه فان الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك
واما الركن الثالث وهو العمل فانه تابع لما قلنا عند مالك للمال
فلا يعتبر بنفسه وهو عند ابي حنيفة يعتبر مع المال واكثر ان العمل
من الخبير الشركة الا ان يكون من الاثنين متساويا وبه ان التفاوت في العمل
فانهم يرون العمل الغالب معتبرا اذا لم يكن المال بينهما على التساوي
كان هذا الذي عمل احدهما في العمل ولذلك قال ابن المنذر اجمع
العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين
مالا مثل مال صاحبه من عين اعني دراهم او دنانير ثم يخلطاهما
حتى يصير مالا واحدا لا يتميز على ان يبيعا ويشتريا ما رأيا من انواع
التجارة وعلى ان ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة
فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه والشراء كذلك

هذا الشرط يدل على ان فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من
شرط الشركة ان يبيع كل واحد منهما بحصة صاحبه القول في شركة
المفاوضة واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وابو حنيفة
في الجملة على جوازها وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي
لا يجوز ومعنى الشركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين
الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم
في جميع انواع الممتلكات وعمدة الشافعي ان اسم الشركة انما ينطلق
على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة
الا باشتراك اصولها واما اذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه
في ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه هي صفة شركة
المفاوضة واما مالك فيرى ان كل واحد منهما قد باع جزءا من ماله
بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي
بقي في يديه والشافعي يرى ان الشركة ليست هي بيع ووكالة واما ابو حنيفة
فموضعها هنا على اصله في انه لا يعتبر في شركة العنان الا النقد فقط ولا ماله
يختلف فيه مالك وابو حنيفة من شروط هذه الشركة فان ابا حنيفة
يرى ان من شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الاموال وقال مالك ليس من شرطها
ذلك تشبيها بشركة العنان وقال ابو حنيفة لا يكون لاحدهما
شيء الا ويدخل في الشركة وعمدتهم ان اسم المفاوضة يقتضي هذا لانه
من باب التساوي في الماليين وتعميم ملكهما القول في شركة الابدان وشركة
الابدان بالجملة عند ابي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي
وعمدة الشافعية ان الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لان ذلك
لا ينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه
وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة وهم انما يستحقون
ذلك بالعمل وما روي ان ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر فجاء
سعد بفرسين ولم يجئ ابن مسعود بشيء فلم ينكر النبي صلى الله عليه

وسلم

356

من شروطه ان يكون او لا يكون بيد المرتهن من قبل الراهن واختلفوا اذا كان قبض المرتهن
بغصب او ... المغصوب منه فيرهنه هنا فقال مالك يجوز اي ينتقل الشيء المغصوب
من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشيء المغصوب رهنا في يد
الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان الغاصب
الى ان يقبضه منه واختلفوا في رهن المشاع فمنعه ابو حنيفة واجازه
مالك والشافعي والسبب في الخلاف هل يمكن حيازة المشاع او لا يمكن القول في
الشرط الثالث وهو الشيء المرهون فيه واما مذهب مالك في هذا انه يجوز ان يؤخذ
الرهن في جميع الاثمان الواقعة في جميع البيعات الا الصرف وراس المال
في السلم المتعلق بالذمة وذلك ان الصرف من شرطه التقابض فلا
يجوز فيه عقد الرهن وكذلك راس مال السلم وان كان عنده دون ما في الصرف
في هذا المعنى وقال قوم من اهل الظاهر لا يجوز اخذ الرهن الا في السلم اعني في المسلم
فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون اية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو
السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا الشرط من شروط صحة الرهن لانه قال في
اول الاية يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم قال وان
كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة وعلى مذهب مالك يجوز
اخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي اروش
الجنايات في الاموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة
والجائفة واما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج في جواز اخذ
الرهن في الدية فيها اذا عفى الولي قولان احدهما ان ذلك يجوز وذلك
على القول بان الولي مخير في العمد بين الدية والقود والقول الثاني ان ذلك
لا يجوز وذلك ايضا مبني على ان ليس للولي الا القود فقط اذا ابى الجاني
من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ اخذ الرهن ممن تتعين من العاقلة
وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيما لا يضمن
ويجوز اخذه في الاجارات ويجوز في الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله

ويجوز الرهن في السلم ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا يصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث احدها ان يكون دينا فانه لا يرهن في عين والثاني ان يكون واجبا فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك والثالث الا يكون لزومه متوقعا ان يجب والا يجب كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

القول في الشروط واما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فاما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن فشرطان في كونه رهنا وشرطان احدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض والثاني مختلف في اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على انه شرط في الرهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة واختلفوا هل هو شرط تمام او شرط صحة وفائدة الفرق ان من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن من قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا ان يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن او يمرض او يموت فذهب مالك الى انه من شروط التمام وذهب ابو حنيفة والشافعي واهل الظاهر الى انه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى فرهان مقبوضة وقال بعض اهل الظاهر لا يجوز الرهن الا ان يكون هنالك كاتب لقوله تعالى وان لم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ولا يجوز عند اهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك ان من شرط صحة الرهن استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهر ما لزم من قوله تعالى فرهان مقبوضة وجود القبض واستدامته والشافعي يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد

357

فلا يغير عند ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كما الحال في البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض في صحة العقد ان يشترط الاستدامة ومن لم يشترط في الصحة لا يشترط الاستدامة واتفقوا على جواز الرهن في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال اهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الاية من باب دليل الخطاب واما شرط الفساد الممنوع بالنص فهو ان يرهن الرجل رهنا على انه ان جاء بحقه عند اجله والا فالرهن له فاتفقوا ان هذا الشرط يوجب الفسخ وانه معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن

القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن في ذلك واما من يضمن العقد والزيادة لا تسوغ هي رهنا على الرهن ونخرج من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق اما حق المرتهن في الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يات به عند الاجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه اعني انه اذا رهنه في عدد ما فادى منه بعضه فان الرهن باسره يبقى بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما بقي من الحق وحجة الجمهور انه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوسا بكل جزء منه اصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني ان جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه اصله الكفالة ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في نماء

الكفالة

الرهن المنفصل مثل الثمر في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل
في الرهن ام لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه اعني
الذي يحدث منه في يد المرتهن وممن قال هذا القول الشافعي وذهب
اخرون الى ان جميع ذلك يدخل في الرهن وممن قال هذا القول ابو حنيفة
والثوري وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته
وصورته فانه داخل في الرهن وممن قال هذا القول ابو حنيفة كولد الجارية
مع الجارية واما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن كان متولدا
عنه كثمر النخل او غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من
راى ان نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه السلام الرهن مركوب ومحلوب
قالوا وجه الدليل من ذلك انه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب يركبه الراهن
ويحلبه لانه كان غير مقبوض ومن شرطه القبض قالوا ولا يجوز ان يكون
معناه ان المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا ان يكون المعنى في ذلك
ان اجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا ايضا بعموم قوله عليه السلام
الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زايد على ما
رضيه رهنا فوجب الا يكون له الا بشرط زايد وعمدة ابي حنيفة ان
الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع
لحكم امه في التدبير والكتابة واما مالك فاحتج بان الولد حكمه
حكم امه في البيع اي هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة
المفرقة في ذلك وذلك ان الثمر لا يتبع بيع الاصل الا بالشرط
وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على ان ليس للمرتهن
ان ينتفع بشيء من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن
ان يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول احمد
واسحق واحتجوا بما رواه ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن

يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن امانة وهو من الراهن
والقول قول المرتهن مع يمينه انه ما فرط فيه ولا جنى عليه وممن قال
بهذا القول الشافعي واحمد وابو ثور وجمهور اهل الحديث وقال
قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول
ابو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين
فمنهم من راى ان المرتهن يضمنه بالاقل من قيمته او قيمة الدين
وبه قال ابو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال يضمنه بقيمته
قلت او كثرت وانه ان فضل للراهن شيء فوق دينه اخذه من المرتهن
وبه قال علي بن ابي طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين ما لا يغاب
عليه من الرهن مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب
عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما
لا يغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعي وعثمان البتي
الا ان مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه وهو مؤتمن فيما
لا يغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك من غير تضييع ولا تفريط
فانه لا يضمن وقال الاوزاعي وعثمان البتي بل يضمن على كل حال قامت
بينة او لم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعي
قال اشهب وعمدة من جعله امانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب
عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن هو ممن رهنه
له غنمه وعليه غرمه اي له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته
قالوا وقد رضي الراهن امانته فاشبه المودع عنده وقال المزني
من اصحاب الشافعي محتجا له قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وما
ظهر هلاكه امانة فوجب ان يكون كله امانة ومعنى قوله عليه السلام
عند مالك وممن قال بقوله وعليه غرمه اي نفقته وذلك معنى قوله
عليه السلام الرهن مركوب ومحلوب اي اجرة ظهره لربه ونفقته

عليه واما ابو حنيفة والحاية فيها ولوا قوله عليه السلام له غنمه وعليه
غرمه ان غنمه ما فضل منه عن الدين وغرمه ما نقص وعمدة من راى انه يضمن
من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط
بتلفها اصله تلف المبيع عند البائع اذا امسكه حتى يستوفي الثمن
وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك خلاف الرهن وربما
احتجوا بما روي عن النبي عليه السلام ان رجلا رهن فرسا من رجل
فنفق عنده فقال عليه السلام للمرتهن ذهب حقك واما تفريق
مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى
ذلك ان التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه
وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي ذهب اليه مالك كثيرا وضعفه
قوم فقالوا انه مثل استحسان ابي حنيفة وحدوا الاستحسان بانه
قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك عندي هو جمع بين الادلة
المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل
والجمهور انه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وانه ان باعه
فللمرتهن الاجازة او الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته
ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه
واذا كان الرهن عبدا او امة فاعتقها الراهن فعند
مالك انه ان كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه
وان كان معسرا بيعت وقضي الحق من ثمنها وللشافعي ثلاثة
اقوال الرد والاجازة والثالث مثل قول مالك واما اختلاف
الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وقع الرهن فان العلماء
اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من
قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن اقل من ذلك فما زاد على قيمة الر
هن فالقول قول الراهن وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري

والجمهور وفقهاء الامصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور
ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب ان يكون اليمين على
الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ها هنا ان المرتهن
وان كان مدعيا فله ها هنا شبهة تنقل اليمين اليه وهو كون
الرهن شاهدا له ومن حجته ان يقاس ايضا قول المدعى عليه شبهة
وهو لا يعتد عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشيء وقيمته اكثر من
المرهون فيه واما اذا تلف الرهن فاختلفوا في صفته فالقول
عند مالك ها هنا قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مثل بعض
ما ادعي عليه وهذا على اصله في ان المرتهن هو الضامن فيما
يغاب عليه واما على اصل الشافعي فلا يتصور على المرتهن
يمين الا ان يدعي الراهن في الاتلاف واما عند ابي حنيفة فالقول
قول المرتهن في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفته لان عنده
ما لا يخلف على الصفة ويقوم تلك الصفة واذا اختلفوا في
الامرين جميعا اعني في صفة الرهن وفي مقدار الرهن فان
القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمة
الصفة التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل
يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا على الحق واختلفا
في قيمة الرهن في المذهب قولان والاقيس الشهادة لانه
اذا شهد الرهن للدين شهد الدين للرهن وفروع هذا الباب كثيرة
وفيما ذكرنا كفاية في غرضنا

كتاب الحجر

والكلام في هذا الكتاب
ثلاثة ابواب الباب الاول في اصناف المحجورين الثاني متى يخرجون
من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأي شيء يخرجون الثالث في معرفة
احكام افعالهم في الرد والاجازة الباب الاول اجماع العلماء
على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى

وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار
اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي واهل المدينة
وكثير من اهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك
اذا ثبت عنده سفههم واعذر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو
راي ابن عباس وابن الزبير وذهب ابو حنيفة وجماعة من اهل العراق
الى انه لا يبتدا الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين
وهولاء انقسموا قسمين فمنهم من قال لا يجوز الحجر عليهم بعد
البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا
التبذير من الصغر استمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ
ثم ظهر منهم سفه فهولاء لا يبتدا بالحجر عليهم وابو حنيفة
يحد في ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما وعمدة
من اوجب على الكبار ابتداء الحجر ان الحجر على الصغار انما وجب لمعنى
التبذير الذي يوجد فيهم غالبا فوجب ان يجب الحجر على من وجد
فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيرا قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر
عنهم مع ارتفاع الصغر ايناس الرشد قال تعالى فان آنستم منهم
رشدا فادفعوا اليهم اموالهم فدل هذا على ان السبب المقتضي
للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ اذ ذكر
لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فجعل له رسول الله صلى
الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر
في منع التصرف في المال بدليل تاثيره في اسقاط التكليف وانما اعتبر
الصغر لانه يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا
ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كان
فيه يوجدان غالبا اعني العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف
اعني ان يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر في
السفه وهو ان يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه كما لم يعتبر

كونه قبل البلوغ رشيدا فلا يحجر وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الآية ليس
فيها اكثر من منعهم من اموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وانكاحهم والمحجورون
عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسياتي
ذكر كل واحد منهم في بابه الخاص به والنظر في هذا الباب في موضعين
في وقت خروج الصغار من الحجر وخروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة
صنفان ذكور واناث وكل واحد من هولاء اما ذو اب واما ذو وصي واما
مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصي لهم ولا اب فاما الذكور الصغار ذوو الآباء
فاتفقوا على انهم لا يخرجون من الحجر الا ببلوغ سن التكليف وايناس الرشد
منهم وان كانوا اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى وابتلوا اليتامى
حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم واختلفوا
في الاناث فذهب الجمهور الى ان حكمهن في ذلك حكم الذكور اعني بلوغ
المحيض وايناس الرشد وقال مالك هي في ولاية ابيها في المشهور عنه حتى
تتزوج ويدخل بها زوجها ويونس رشدها وروي عنه مثل قول الجمهور
ولاصحاب مالك في ذلك اقاويل غير هذه فقيل انها في ولاية ابيها حتى تمر
بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى يمر
بها سبعة اعوام وحجة مالك ان ايناس الرشد لا يتصور من المراة
الا بعد اختبار الرجال واما الخلاف بين اصحابه فمتعلقه مخالفة النص والقياس
اما مخالفة النص فلانه لم يشترط الا الرشد واما مخالفة القياس فلان
الرشد ممكن تصوره منها قبل مضي هذه المدة المحدودة واذا قلنا
على قول مالك انه على قول الجمهور ان لا اعتبار في الذكورة والاناث
بايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده
وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده
وهو المشهور وقيل انه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه هذا في ذي الاب واما
وصيه فلا يخرج من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق

وصية له من الحجر ايا بقوله فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف
او بان القاضي مع الوصي ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف
في ذلك وقد قيل في وصي الاب انه لا يقبل قوله في انه رشيد الا حتى يعلم
رشده وقد قيل ان حاله مع الوصي كحاله مع الاب يخرج من الحجر اذا انس
منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال في هذا
حكمه حكم المجهول الحال ذي الاب واما ابن القاسم فمذهبه ان الولاية
غير معتبرة في ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية
عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق بين المذهبين ان من
يعتبر الولاية يقول افعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج
من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم واما
اختلافهم في الرشد ما هو فان مالكا يرى الرشد هو تثمير المال واصلاحه
فقط والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين وسبب الاختلاف
هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصي كحال
الذكر لا تخرج من الولاية الا بالاخراج ما لم تعنس على الاختلاف في ذلك
وقيل حالها مع الوصي كحالها مع الاب وهو قول ابن القاسم الماجشون
ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيه الرشد كاختلافهم في اليتيم واما
المهمل من الذكور فان المشهور ان افعاله جائزة اذا بلغ الحلم
كان سفيها متصل السفه او غير متصل ومعلنا او غير معلن واما
ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا جاز والا رده فاما
اليتيمة التي لا اب لها ولا وصي فان فيها في المذهب قولين احدهما ان
افعالها جائزة اذا بلغت المحيض والثاني ان افعالها مردودة
ما لم تعنس وهو المشهور الباب الثالث والنكت في هذا الباب
في شيئين احدهما ما يجوز صنف صنف من المحجورين من الافعال

واذا فعلوا حكم افعالهم في الرد والاجازة وكذلك فعل المهملين وحكم الذين
بلغوا الحلم من غير اب ولا وصي وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلوا
الحجر من الصغر واما مبتدا حجرهم فاما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم
من الرجال والمحيض من النساء فلا خلاف في المذهب فانه لا يجوز له في ماله
حق وقف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان اذن في ذلك الاب او الوصي
وان اخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولي
فان راه رشدا اجازه والا ابطله وان لم يكن له ولي ينظر في ذلك وان غفل
عن ذلك حتى يلي امره كان النظر اليه في الاجازة والرد واختلفوا اذا كان
فعله سدادا ونظرا مما كان يلزم الولي ان يفعله هل له ان ينقضه اذا
آل الامر اليه على قولين مثل ان تغلو الاسواق او ان تنما فيما باعه او نقصان فيما
ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما
افسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما افسد وكسر مما
يؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته في صغره
وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره
فالمشهور انه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعا عليه يمين
واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور انه لا
يحلف وروي عن مالك والليث انه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصي
كحال الذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فاما السفيه البالغ
فجمهور العلماء على ان المحجور اذا طلق زوجته او خالعها مضى طلاقه
وخلعه الا ابن ابي ليلى وابا يوسف وخالف ابن ابي ليلى في العتق فقال
انه ينفذ وقال الجمهور لا ينفذ واما وصيته فلا اعلم خلافا في نفوذها
ولا يلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف
الا ان يعتق ام ولده فيلزمه عتقها وهذا الحكم في المذهب وهل
يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل

والثيب وأما ما يفعله بعوض فهو أيضا موقوف على نظر وليه إن كان
له ولي وإن لم يكن له ولي قدم له ولي فإن رد بيعه الولي وقد كان قد أتلف
الثمن لم يتبع من الثمن بشيء وكذا إن أتلف عين المبيع وأما الحكم في أفعال
المحجور عليهم المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال منهم
من تكون أفعالهم كلها مردودة وإن كان فيها ما هو رشد ومنهم
ضد هذا وهو أن تكون أفعالهم كلها محمولة على الرشد وإن ظهر
فيها ما هو سفه ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم
يتبين رشده وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على
الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده
فهو الصغير الذي لم يبلغ والبكر ذات الأب أو الوصي ما لم تعنس
على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافا كثيرا
من ثلاثين إلى الستين والذي يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه
فهو السفيه الذي لم يثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان
على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد
لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون وأما الذي
يحكم عليه بحكم السفه ما لم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة
أبيه على المشهور في المذهب وحال البكر ذات الأب أو الوصي لها
إذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يظهر رشدها ما لم تبلغ الحد
المعتبر في ذلك من السنين على ما يعتبر في ذلك وكذلك اليتيمة
التي لا وصي لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة وأما الحال
التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فمنها حال البكر
المعنسة عند من يعتبر التعنيس والتي دخل بها زوجها ومضى
لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال
الابن في الأب إذا بلغ وجهلت حاله على أحد الروايتين والابنة

البكر

البكر بعد بلوغها على الروايات التي لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها
فهذه جملة ما في هذا الكتاب والبيع وفي كتاب التفليس
والنظر في هذا الكتاب فيما هو المقصود في أحكام المفلس فنقول
إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين أحدهما أن يستغرق الدين
مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه والثاني لا يكون والثاني ألا يكون
له مال معلوم أصلا وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما
فأما الحالة الأولى وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا
فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله
حتى يبيعه عليه أو يقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم
أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت
أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفي بديونه
فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم
أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع
الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غرماءه إن كان مليا أو يحكم
بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال
مالك والشافعي وجماعة والقول الآخر قاله أبو حنيفة وجماعة من أهل
العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن خلع لهم من ماله
وحديث أبي سعيد الخدري أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
خذوا ما وجدتم عليه وليس لكم إلا ذلك وحديث عمر في الفضل على الرجل
المفلس في خطبته في قوله فيها أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع
جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وإنه أدان معرضا
فأصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضا من طريق المعنى

فمانه اذا كان المريض محجورا عليه كما كان وزنته باقية ان يكون المريض محجورا
عليه كما قال الفقهاء وهذا القول هو الاظهر لانه اعون والله اعلم واما الحجر الذي
الثاني الذي قالوا بالحبس حتى يعطي ما عليه وتكون محبوسا ليبيع القاضي
حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء ومنها حديث جابر بن عبد الله حين
استشهد ابوه باحد وعليه دين فطلبه الغرماء قال جابر فاتيت النبي
عليه السلام فكلمته وسالته ان يقبلوا حايطي ويحللوا ابي فابوا فلم يعطهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم حايطي قال سنغدو عليكم فغدا علينا حين اصبح
فطاف في النخل فدعا في ثمرها بالبركة فجددتها فقضيتهم منها حقوقهم
وبقي من ثمرها بقية ومما روي ايضا انه مات اسيد بن الحضير وعليه عشرة
الاف درهم فدعا عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم ارضه اربع سنين بما لهم
عليه قالوا فهذه الاثار كلها دليل فيها انه يبيع عليه [illegible] اهل الدين فلا سوا
ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته
قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق اصول العقار
عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر
فيما ذا يحجر عليه وبماذا يكون تكون المحاصة في ماله وفي اي شيء
من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال قبل
المفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف
شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجري العادة
عليه وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لانه له ان يفعل ما يلزمه بالشرع
وان لم يكن بعوض كنفقته على الاباء المعسرين والابناء وانما قيل لا
تجري العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية
والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك اذا جرت العادة بانفاقه
في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه ما لم
تكن فيه محاباة ولذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه واختلف

قول

قول مالك في قضاء بعض غرمايه دون بعض وفي رهنه واما جمهور من قال بالحجر
على المفلس فقالوا هو قبل الحجر كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا
لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك انما اعتبر المعنى
نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز معاملته
وبيعه وشراؤه اذا لم تكن فيه محاباة ولا يجوز للمحجور عليه واما حاله
بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا اخذ ولا عطاء
ولا يجوز اقراره بدين في ذمته ولا يعمد قبل الا ان يكون لواحد منهم
بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف في اقراره بمال معين
مثل القراض والوديعة على ثلاثة اقوال في المذهب بالجواز
والثالث بالفرق بين ان يكون على اصل القراض والوديعة بينة او لا
يكون فقيل ان كانت [illegible] وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب
في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس ام لا فذهب مالك الى ان المفلس
في ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجمهور العلماء ان الديون
تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان
الله تبارك وتعالى علق التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين
احد امرين اما ان لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم في المواريث الى محل اجل الدين
فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتاخير ميراثهم حتى تحل الديون
فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم بخلاف ما كان
عليه من الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك الاختلاف في حوالة الدين
ولذلك رأى بعضهم انه ان رضي الغرماء بتحمله في ذممهم انه في الديون
الى اجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره ابو عبيد من فقهاء
الامصار والاظهر ان يشبه المفلس في هذا المعنى بالموت كل الشبه وان كانت
كل التهمة في خرجه لان ذمة المفلس تحدد بخلاف ذمة الميت
واما النظر فيما يرجع به اصحاب الديون من مال المفلس فان في ذلك يرجع

الى الجنس والغرما اما ان يكون قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم
على المفلس واما ان يكون في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض قايما بعينه
لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف في ذلك فقها الامصار على اربعة
اقوال القول الاول ان صاحب السلعة احق بها على كل حال الا ان يتركها
ويختار المحاصة وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور والقول الثاني تقوم
السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت اقل من الثمن خير صاحب
السلعة بين ان ياخذها او يحاص الغرما وان كانت اكثر او مساوية للثمن
اخذها بعينها وبه قال مالك واصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم
التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن او اقل منها قضي بها للبايع
وان كانت اكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة
من اهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرما فيها على كل حال وهو قول ابي
حنيفة واهل الكوفة والاصل في هذه المسالة ما ثبت من حديث ابي هريرة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو احق
به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة
وهذا اللفظ لمالك فمن هولا من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من
خصصه بالقياس وقال انها معقولة وقالوا انما هو الرفق بصاحب السلعة
لكون سلعته باقية واكثر ما في ذلك ان ياخذ الثمن الذي باعها به فاما
ان يقضى في هذه الحال التي اشترك فيها مع الغرما اكثر من ثمنها فذلك
مخالف للاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرما اخذها بالثمن
كما قال مالك واما اهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته
للاصول المتواترة على عادتهم في رد خبر الواحد اذا خالف الاصول
المتواترة لكون خبر الواحد مظنون والاصول يقينية مقطوع بها كما
قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا
لحديث امراة ورووا عن علي انه قضى بالسلعة للمفلس وهو راي ابن

سيرين

سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث ابي هريرة مختلف فيه
وذلك ان الزهري روى عن ابي بكر بن عبد الرحمن عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ايما رجل مات او افلس فوجد بعض غرمايه ماله بعينه فهو اسوة الغرما
وهذا الحديث اولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا والجمع بين الحديثين له
وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا ان الجمهور دفعوا
هذا التاويل بما ورد في لفظ حديث ابي هريرة في بعض الروايات من ذكر
البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة واما قبل القبض
فالعلماء متفقون اهل الحجاز واهل العراق ان صاحب السلعة احق بها
لانها في ضمانه واختلف القايلون بهذا الحديث اذا قبض البايع بعض الثمن
فقال مالك ان شاء ان يرد ما قبض وياخذ السلعة كلها وان شاء حاص
الغرما فيما بقي من سلعته وقال الشافعي بل ياخذ ما بقي من سلعته
بما بقي من الثمن وقال جماعة من اهل العلم داود واحمد واسحق ان قبض من الثمن
شيا فهو اسوة الغرما وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن ابي بكر بن
عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل باع متاعا فافلس
الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيا فوجده بعينه فهو احق به وان مات
الذي ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرما وهو حديث وان ارسله
مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روي من طريق الزهري عن ابي هريرة وفيه
زيادة بيان وهو قوله فان كان قبض من ثمنها شيا فهو اسوة
الغرما ما ذكره ابو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعي
ان كل السلعة او بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا انه اذا فوت المشتري
بعضها ان البايع احق بالمقدار الذي ادرك من سلعته الا عطا فانه قال
اذا فوت المشتري بعضها كان البايع اسوة الغرما واختلف مالك
والشافعي في الموت هل حكمه حكم الفلس ام لا فقال مالك هو في الموت

اسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعي بل المرء في ذلك واحد وعمدة مالك
ما رواه عن ابن شهاب عن ابي بكر وهو نص في الفرق ايضا من جهة النظر ان ثم فرقا
بين الذمة في الفلس والموت وذلك ان المفلس يمكن ان يبرأ حاله فيتبعه
غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت واما الشافعي فعمدته
ما رواه ابن ابي ذئب بسنده عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق به فسوى في هذه
الرواية بين الموت والفلس قالوا وحديث ابن ابي ذئب اولى من حديث ابن شهاب
لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال
لا يتصرف فيه لمالكه الا بعد اداء ما عليه فاشبه مال المفلس وقياس
مالك اقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن ابي ذئب
من جهة موافقة القياس له اقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث
المتعارضة قياس المعنى فهو اقوى مما وافقه قياس الشبه اعني
ان القياس الموافق لحديث الشافعي قياس شبه والموافق لحديث
مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق وسبب الخلاف
تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وايضا فان الاصل يشهد لقول
مالك في الموت اعني ان من باع شيئا فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله
عليه اقوى في هذه المسألة والشافعي انما ضعف عنده فيها قول
مالك لما رواه من المسند عنده لانه يجب العمل به واختلف مالك والشافعي
فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد احدث زيادة مثل ان تكون ارضا فيغرسها
او عرصة فيبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب
السلعة شريكا للغرماء وقال الشافعي بل يخير البائع بين ان يعطي
قيمة ما احدثه المشتري في سلعته ويأخذها او ان يأخذ اصل السلعة
ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتا مما لا يكون فوتا في مذهب
مالك منصوص في كتب المشهور وتحصيل مذهب مالك فيما يكون به الغريم

احق

احق من سائر الغرماء في الموت والفلس او في الفلس دون الموت ان الاشياء
المبيعة بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين لا يتعين
فيه عمل يتعين او عمل لا يتعين فالعرض فان كان في يد بايعه لم يسلمه
حتى فلس المشتري فهو احق به في الموت والفلس وهذا ما لا خلاف فيه
وان كان قد دفعه الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق به من
الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده ان يأخذوا سلعته بالثمن
وقال الشافعي ليس لهم وقال الشافعي لا يأخذونها الا بزيادة
يحطونها عن المفلس وقال ابن الماجشون ان شاء وان كان الثمن من
اموالهم او من مال الغريم وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم واما
العين فهو احق بها في الموت ايضا والفلس ما كان بيده واختلف اذا
دفعه الى بائعه فيه فجلس او مات وهو قائم بيده يعرف بعينه
فقيل انه احق به كالعرض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم
وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول اشهب
والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين واما ان لم يعرف
بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلس واما العمل الذي لا يتعين
فان افلس المستاجر قبل ان يستوفي عمل الاجير كان الاجير احق
بما عليه في الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البائع في
وقت الفلس وان كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير اسوة الغرماء
باجرته التي يستحقها عليها في الموت والفلس جميعا الا ان يكون بيده
السلعة التي استوجر عليها فيكون احق بها في الموت والفلس
جميعا لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعلمه الا ان
يكون له فيه اخرجه فيكون احق به في الفلس دون الموت وكذلك
ان عمله في حانوت مكتري الدواب ان المكتري احق بما عليه من
المتاع في الموت والفلس جميعا وكذلك مكتري السفينة وهذا

كله تشبيه مالك بالرهون بالجملة فلا خلاف في مذهبه ان البائع احق بما
في يديه في الموت والفلس واحق بسلعته القائمة الخارجة عن يديه في الفلس
دون الموت وانه اسوة الغرماء في سلعته اذا فاتت وعوضت فيشبهه
حال الاجير اصحاب مالك بالجملة كالبائع المنفعة وكالبائع الرقبة ومن
يشبهون المنفعة التي عمل بها بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون
هو احق بها في الموت والفلس ومن يشبهونها بالتي خرجت من يديه
ولم تفت فيقولون هو احق بها في الفلس دون الموت ومن يشبهون
ذلك بالموت الذي فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء مثال ذلك
اختلافهم فيمن استؤجر على سقي حائط فسقاه حتى اثمر الحائط ثم
فلس المستأجر فانه فالمواضع الثلاثة الاقوال الثلاثة تشبيه بيع المنافع
في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء فيما احسب انفرد به مالك دون
فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق
للاصول يضعف ولذلك الاضعف عند قوم القياس على موضع الرخص والاخر
انعدام هنالك قياس علة فهو اقوى ولعل المالكية تدعي وجود علة
المعنى في هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا
الباب اختلافهم في العبد المفلس اذا كان له مال التجارة هل يتبع ما
لورثته فتباعهم ان في مذهب مالك واهل الحجاز الى انه انما يتبع بما في يديه
لا في رقبته ثم ان عتق اتبع بما بقي عليه ورأى قوم انه يباع في الغرماء
[illegible] وبين بيعه وبين ان يسعى فيما بقي عليه من الدين وبه قال شريح
وقالت طائفة بل يؤاجر ويؤدى ما عليه وان لم يبق شيء [illegible] بالدين
في [illegible] رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في يديه فاشبه الحر
والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي تجنى واما الذين
رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال
السيد اذ كان له انتزاعه فسبب الخلاف هو تعارض اقيسة
الشبه في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا فلس العبد والمولى بعد

بلا ان يبيعوا اهله ذلك بين العبد او بين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد
لان الذمة [illegible] العبد انما عاملوه [illegible] بما رأوا عند العبد من المال
والذين رأوا ان يبيعوا المولى [illegible] يتبعوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى
فلان مال العبد هو في الحقيقة للمولى فسبب الخلاف
تردد مال العبد بين ان يكون حكمه حكم مال الاجنبي او حكم مال السيد واما
قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب يترك له ما يعيش هو واهله
وولده الصغار الايام وقال في الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك
له كسوة مثله وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها غير واجبة لها
بعوض مقبوض وهو الاستمتاع بها او بغير عوض وقال سحنون لا
يترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع انه لا يترك له الا ما يواريه قال
ابن كنانة واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبني على
كراهية بيع كتب الفقه او لا كراهية ذلك واما معرفة الديون التي
تحاص بها من التي لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم اولا الى
قسمين احدهما ان تكون واجبة عن عوض والثاني ان تكون واجبة عن غير
عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى غير
مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كان مالا او ارش جناية
فلا خلاف في المذهب ان المحاصة بها واجبة واما ما كان عن عوض غير
مقبوض فان الحكم ينقسم خمسة اقسام احدها الا يمكنه دفع العوض
بحال كنفقة الزوجات في ايام الماضية والثاني الا يمكنه دفع العوض
ويمكنه دفع ما يستعوض فيه مثال ان يكتري الرجل الدار بالنقد
او يكون العرف فيه النقد فيفلس المكتري قبل ان يسكن او بعد
ما سكن بعض السكنى وقبل ان يدفع الكراء والثالث ان يكون
دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم اليه قبل
دفع رأس المال والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض مثل ان يبيع

الرجل الى الرجل فلا يمنع بعوض الى اجل فيفلس المسلم اليه قبل ان يدفع راس المال
وقبل ان يحل اجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض لمعنى قبل المحاصة
في الكالئ مهور الزوجات اذا افلس الزوج قبل الدخول واما الذي لا
يمكنه دفع العوض لمكنه دفع ما يستوفي فيه مثل المكتري يفلس
قبل دفع الكراء فيقبل المكري والمحاصة بجميع الثمن واسلام الدار
للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ داره وان كان لم
يسكن فليس له الا اخذ داره واما ما يمكنه فيه دفع العوض ويلزمه
وهو ان يكون العوض عينا فيفلس قبل الغرماء في الواجب له بلا
لعوض ويدفعه وقيل هو احق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض
واما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والا
مساك وفي الاهو ان يكون العوض عينا واما اذا لم يكن له تعجيل العوض
مثل ان يفلس المسلم وقبل ان يحل اجل المسلم فان رضي المسلم اليه
ان يعجل العوض ويحاص الغرماء برأس مال المسلم قبل الاجل فان
رضي قبل الكل الغرماء فان اراد الكل اخذ الغرماء حاص الغرماء برأس
المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العوض الذي عليه
اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاء وان بيعها بالنقد
ويتحاصوا فيها لكان ذلك واما ما كان من الحقوق الواجبة عن
غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات
والصدقات فلا محاصة فيها واما ما كان منها واجبا بالشرع
كنفقة الاباء والابناء ففيها قولان احدهما ان المحاصة لا تجب
بها وهو قول ابن القاسم والثاني انها تجب بها اذا التزمت بحكم من
السلطان وهو قول اشهب واما النفقة الغامض وهو مع قنه
وجه التحاص فان الحكم في ذلك ان يحرم مال الغريم من جنس
ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد او من

اجناس

367

اجناس مختلفة اذا كان لا يفضل في الديون الا ما هو من جنس الديون الا
ان يتفقوا منه الكل على شيء يجوز واختلفوا من هذا الباب في جميع مارك
وهو ان اهلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء عن قيمته
فقال اشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من
الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه
فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه
فضمانه من الغرماء مثل ان يكون المال عينا والدين عينا وكلهم
روى قوله عن مالك وفرق اصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة
في الموت من الغرماء وفي الفلس من المفلس فهذا هو القول في اصول
احكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بديونه واما المفلس
الذي لا مال له اصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على ان العدم له تاثير
في اسقاط الدين الى وقت ميسرته الا ما حكي عن عمر بن عبد العزيز
انه له ان يواجره وقال به احمد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون
على ان المديان اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين
صدقه او يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلي سبيله
وحكي عن ابي حنيفة ان للغرماء ان يدوروا معه حيث دار واما هل
الكلام في القول بالحبس في الديون وان كان لم يأت فيه اثر صحيح لان ذلك
امر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على
القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة وهو الذي يسمى بالقياس المرسل
وقد روي ان النبي عليه السلام حبس في تهمة خرجه فيما احسب
ابو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد
والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى ان للزوج حقا في اللال
وخالفه في ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا
في هذا الكتاب كمل باب التفليس والاصل في هذا الكتاب قوله

المال صح

تعالى والصلح خير وما روي عن النبي عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر ايضا الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا في جوازه على الانكار فقال ابو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز الصلح على الانكار لانه من باب اكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف في مذهب مالك ان الصلح يقع على الاقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من انواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثلا ان يدعي انسان على اخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما اشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر واما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك واصحابه انه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع مثلا ان يدعي انسان على اخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك واصحابه وقال اصبغ هو جائز لان المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه لا يعتقد انه اخذ دنانير في دراهم فلزمته واما الدافع فيقول هي هبة مني واما ان يقع المكروه من الطرفين مثل ان يدعي كل واحد منهما على صاحبه دنانير او دراهم فيجحد كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى اجل فهذا عندهم مكروه اما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد انظر صاحبه لانظار الاخر فيدخله اسلفني واسلفك واما وجه جوازه فلان كل واحد انما يقول ما فعلت وانما هو تبرع مني وما كان يجب عليه شيء وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه في عقده

وان

وان طال مضى والصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو على مذهب مالك على ثلاثة اقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل

كتاب الكفالة

واختلف العلماء في انواعها وفي حكمها وفي وقتها وفي الحق الذي منها وفي الشيء الذي يجب لزومها وفي حكمها ولها اسماء كفالة وحمالة وضمان وزعامة فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال اما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكي عن قوم انها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام الزعيم غارم واما الحمالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكي عن الشافعي في الجديد انها لا تجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى معاذ الله ان ناخذ الا من وجدنا متاعنا عنده ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود وحجة من اجازها عموم قوله الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وانه مروي عن الصدر الاول واما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكي عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت حاضرا او غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء وان مات غائبا نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاث ففرط غرم والا لم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة اقوال القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه

واهل المدينة والقول الثاني انه يحبس الحميل الى ان ياتي به او يعلم
موته وهو قول ابي حنيفة واهل العراق والقول الثالث انه ليس
عليه الا ان ياتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك الا يكلف احضاره
الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة
موضعه على الحميل وانكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا
ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف
حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام
في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل
بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج
لهم بما روي عن ابن عباس ان رجلا سال غريمه ان يودي اليه
ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي عليه السلام
فتحمل عنه رسول الله ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم في الكفالة
المطلقة واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل
به وهو النفس فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على
نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فلما عليه
ان يحضره او يحبس فيه كما انه اذا ضمن المال انما عليه ان يحضر
المال او يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث
انه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له ممكنا وحينئذ يحبس
اذا لم يحضره واما اذا علم ان احضاره له غير ممكن فليس يجب
عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن
الوجه فلا غرم في المال عليه اذا كان معذورا بل اما اذا اشترط
الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه
ولا خلاف في هذا فيما احسب لانه كان يقول قد الزم ضمن ما اشترط
فهذا هو حكم ضمان الوجه واما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون

على انه اذا عدم المضمون او غاب ان الضامن غارم واختلفوا اذا حضر
الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما
والثوري والاوزاعي واحمد واسحق للطالب ان ياخذ من شاء الكفيل
والمكفول وقال مالك في احد قوليه ليس له ان ياخذ الكفيل مع وجود المتكفل
عنه وله قول اخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الكفالة والحوالة
واحد ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ولا يجوز ان يكون
مال واحد على اثنين وبه قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لمن
راى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا
او حاضرا غنيا او عديما حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة
فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسالته عنها فقال نخرجها عنك من ابل
الصدقة يا قبيصة ان المسألة لا تحل الا في ثلث وذكر رجلا تحمل حمالة
رجل حتى يوديها ووجه الدليل منه ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح المسألة
للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه واما محل الكفالة فهي الاموال
الاموال عند جمهور اهل العلم لقوله عليه السلام الزعيم غارم اعني
كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل اموال
او من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطا او القطع في قتل العمد
او السرقة التي ليس تتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب او من
غير ذلك وروي عن ابي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص
او في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي اعني كفالة النفس
واما وقت وجوب الكفالة بالمال اعني مطالبته بالكفيل واجمع
العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار واما
ببينة واما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل
اثبات الحق ام لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه

[illegible]

من الوجوه وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من اصحاب
مالك وقال قوم لا يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهولاء
اختلفوا متى يلزم ذلك والحكم من المدونة يلزم وقال قوم ان اتى
بالشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطي ضامنا بوجهه
حتى يصح حقه والا لم يلزم الكفيل الا ان يدعي بينة حاضرة
في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهذا
قول ابن القاسم من اصحاب مالك وقال اهل العراق لا يوخذ عليه حميل
قبل ثبوت الحق الا ان يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن
القاسم الا انهم حدوا في ذلك بالثلاثة الايام ولم يقولوا انه اذا اتى
بشبهة لزمه ان يعطيه حميلا تثبت دعواه او تبطل وقد الكل
في ذلك والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة او الغايبة
وقالوا لا يوخذ حميل على احد الا ببينة وذلك مطلب الى بيان
صدق دعواه او بطلانها وبسبب هذا الاختلاف تعارض وجه
العدل بين الخصمين في ذلك فانه اذا لم يوخذ عليه ضامن بحق
الدعوى لم يومن ان يغيب بوجهه فيتعب طالبه واذا اخذ عليه
حميل لم يومن ان تكون الدعوى باطلة فيتعب المطلوب ولهذا
[illegible] من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغايبة وروي عن
عراك ابن مالك قال اقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان
فباتا معهم فاصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الاخر
فجاء بما ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين
استغفر لي فقال اغفر الله لك قال وانت فغفر الله لك وقتلك
في سبيله خرج هذا الحديث ابو عبيد في كتاب الفقه قال وحمله
ذا الملي ولا يجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجايز عند ملك
واصحابه واما ما يجوز فيه الحمالة بالمال مما لا يجوز فانها تجوز عند ملك بكل حق ثابت في الذمة الا الكتا
بة ومما لا يجوز فيه التاخير وما يستحق منه شيئا فشيئا مثل النفقات على الازواج

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه
السلام مطل الغني ظلم واذا احيل احدكم على مليء فليستحل واختلف الفقهاء في شروطها وفي
احكامها فمن الشروط ما اختلفوا فيه اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن
الناس من اعتبر رضاهما معا ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال عليه وهو
نص مشهور مذهب مالك وبه قال داود وجمهور [illegible] انها معاملة اعتبر
رضا الصنفين ومن نزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر
رضاه معه لانه لا يعتبر مع المحيل يعني اذا طلب منه حقه ولم يعتبر
حجته ظاهر قوله عليه السلام واذا احيل احدكم على مليء فليتبع والامر على
الوجوب وهو المحال عليه على [illegible] وهو واشترط اعتبار رضاه ومن الشروط التي
اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا
الا ان منهم من اجاز ذلك في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام والذي
منعوا ذلك في الطعام راوا انه من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه باع الطعام
الذي كان على غريمه بالطعام الذي كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من
غريمه واجاز ذلك الا اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال
حالا واما ان كان احدهما من سلم فانه لا يجوز الا ان يكون الدينان حالان
وعند ابن القاسم وغيره من اصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا
ولم يعرف هذا التفصيل الشافعي لانه كالبيع في ضمان المستقرض وانما رخص مالك في
القرض فانه يجوز عنده بيع القرض قبل ان يستوفى فاما ابو حنيفة فاجاز
الحوالة في الطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول تخرج
الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس
عليه والمسئلة مشهورة في اصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط
احدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان دينا بدين والثاني ان يكون
الدين الذي يحيل به مثل الذي يجب عليه في القدر والصفة لانه اذا اختلفا
في احدهما كان بيعا ولم يكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع
ومن شرط الدين بالدين والشرط الثالث ان لا يكون الدينان طعاما من سلم او احدهما
ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان

جميعا من سلم ولا تجوز الحوالة باحدهما على الاخر حلت الاجال او لم تحل او
حل احدهما ولم يحل الاخر لانه يدخله بيع الطعام قبل ان يستوفى ومما قلنا
لاكن اشهب يقول اذا استوت روس اموالهما جازت الحوالة وكانت تولية
وابن القاسم لا يقول في ذلك كما قال اذا اختلفتا وتنزيل المحال في الدين
الذي احيل عليه منزلة من احاله في الدين الذي احاله به وفي الاحيار بين
ان ياخذ بدله منه او يبيعه اعني انه لا يجوز له منه الا ما يجوز له مع
الذي احاله وما يجوز للذي احاله مع الذي احاله عليه ومثال ذلك انه اذا احال
بطعام كان له من قرض في طعام من سلم او بطعام من سلم في طعام من قرض
لم يجز له ان يبيعه من غريمه قبل قبضه منه كما انه ان كان احتال بطعام وكان
من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في انه لا يجوز له بيع ما على غريمه
قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام
من قرض نزل من المحال عليه منزلته مع من احاله اعني انه كما انه كان
يجوز له ان يبيع الطعام الذي كان له على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه
كذلك يجوز له ان يبيع الطعام الذي احيل عليه وان كان من قرض وهذا
كله مذهب مالك وادلته مبنية على الفروق ضعيفة واما حكمها فان جمهور
العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة في انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب
الدين على المحيل بشيء قال مالك الا ان يكون غره المحيل
باحالته على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات
المحال عليه مفلسا او جحد الحوالة ولم تكن له بينة وبه قال شريح
وعثمان البتي وجماعة وسبب اختلافهم هل الحوالة مشابهة للحمالة كمل
كتاب الحوالة بحمد الله وعونه بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على
سيدنا محمد واله كتاب الوكالة وفيه ثلاثة ابواب الباب الاول في
اركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الوكيل والموكل الباب الثاني في احكام
الوكالة الباب الثالث في مخالفة الموكل للوكيل الباب الاول الركن الاول

في الموكل

لا يجوز

في الموكل واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمراة المالكين لامر انفسهم
واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الصحيح
الحاضر الذكر وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحا
ضر ولا المراة الا ان يكون من ذي عذر فمن راى ان الاصل لا ينوب فعل الغير عن فعل
الغير الا ما دعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة
من اختلف في نيابته ومن راى ان الاصل الجواز قال الوكالة في كل شيء
جائزة الا فيما اجمع على انه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها الركن
الثاني في الوكيل وشرط الوكيل ان لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشيء
الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المراة عند مالك
والشافعي على عقد النكاح لما عند الشافعي [illegible] وعند الاول
ابي حنيفة ان توكل [illegible] على عقد النكاح ويجوز عند مالك الكافر والمسلم الذمي
الركن الثالث فيما فيه التوكيل وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا
للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشر
كة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والطلاق والنكاح
والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالصدقة والزكاة والحج
وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في
احد قوليه لا تجوز في الاقرار ويشبه الاقرار بالشهادة وبالايمان وتجوز
الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع حضور المقضي له
والدين قال والوكالة تجوز على الاقرار واختلف اصحاب مالك في الوكالة على الخ
صومة هل تقتضي الاقرار ام لا فقال مالك لا الا ان يقتضي وقال ابو حنيفة
تقتضي الركن الرابع واما الوكالة فهي عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر
العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله بعد واختلفوا ما اذا
العقد وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة والعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل
العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك انه ان سمى عنده لم ينتفع بالتعميم
والتفويض وقال الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وانما يجوز

منها ما يشرع وجوده ويصح عليه وهو الاقرار اذ لا يطرا فيها المنع الا ما وقع
عليه الاجماع. الباب الثاني في الاحكام واما الاحكام فمنها احكام العقد ومنها
احكام فعل الوكيل فاما احكام العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل وله ان
يدع الوكالة متى شاء عند الجميع الا ابا حنيفة يشترط في عزله الا بحضور
الموكل وله اي للموكل ان يعزله متى شاء قالوا الا ان تكون وكالة في خصومة
وقال اصبغ ليس له ذلك اذا اشرف على تمام الحكم وليس للوكيل ان يعزل نفسه
في الموضع الذي لا يجوز ان يعزله الموكل وليس من شرط انعقادها عند العقد حضور
الخصم عند مالك والشافعي وقال ابو حنيفة في الاشهر عنه وكذا الليس
من شرط ثبوتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعي من شرطه
ذلك واختلف اصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين
فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا
والوكالة منفسخة في حق من عامله ففي المذهب فيه ثلاثة اقوال احدها
انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل الثاني انها تنفسخ في حق كل
واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه
والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم
هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله اذا لم يعلم الوكيل
ويكفيه من دفع اليه شيئا بعد العلم بغير بينة ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس
بوكيل واما احكام الوكيل ففيه مسائل مشهورة احدها اذا وكل على
بيع شيء هل يجوز له ان يشتريه لنفسه فقال مالك لا يجوز وقيل عنه لا يجوز
وكذا عند مالك الاب والوصي ومنها اذا وكله في البيع وكالة مفوضة هل
له عند مالك ان يبيع الا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ولا يجوز ان باع بنسيئة
او بغير نقد البلد او بغير ثمن المثل وكذا الامر عنده في الشراء وفرق ابو حنيفة
بين البيع والشراء الحسن فقال يجوز في البيع بغير ثمن المثل وان يبيع نسيئة
ولم يجز اذا وكله على شراء شيء بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل ونقدا وينبغي
ان يكون ابو حنيفة انما فرق بين الوكالة على البيع والشراء المطلقة وعلى

الوكالة

الوكالة على شراء شيء بعينه لانه من جهته انه كما ان الرجل قد يبيع الشيء باقل
من ثمن مثله ويرى المصلحة في بيعه بذلك كذلك الحكم في الوكيل اذ قد انزله منزلة
نفسه وقول الجمهور ابين وكل من يتعدى فيه الوكيل ضمن ما تعدى فيه عند من
يرى انه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئا واعلم ان الشراء للموكل فالملك
ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل اولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل
دينا عن الموكل ولم يشهد وانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل. الباب الثالث
واما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل
وقد يكون في دفعه الى الموكل وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به او اشترى
اذا امره بثمن محدود وقد يكون في المثمون وقد يكون في تعيين من امره بالدفع
اليه وقد يكون في دعوى التعدي فاما اذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع
مني وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل لانه امين فان كان قد قبضه ببينة فان كان
المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يقم بينة على الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم
باقرار الوكيل عند مالك وعن مالك رواية ثانية وقيل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف
وان كان قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شيئا واما اذا اختلفا في الدفع فقال
الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لم تدفعه فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول المو
كل وقيل ان تباعد الامد فالقول قول الوكيل واما اختلافهم في مقدار الثمن
الذي امره به بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشتري
وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان ويفسخ البيع ويترادان وان فات
تعينت القيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي امره به في البيع وحكوا
ان القول فيه قول الموكل لانه جعل فوت الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء
واما اذا اختلف فيمن امره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور ان القول قول
المامور وقيل قول الامر واما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم ان الموكل
امره فالمشهور ان القول قول الموكل انه امره لانه قوله مع يمينه على الفعل بسم
الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وآله وسلم كتاب اللقطة والنظر في جمل من الاول

والنظر في اللقطة

في اركانها والثانية في احكامها الجملة الاولى والاركان ثلاثة الالتقاط والم
الملتقط واللقطة فاما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو افضل
ام الترك فقال ابو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم
ان يحفظ مال اخيه وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقا
ط وروي عن ابن عمر وابن عباس وبه قال احمد وذلك لامرين احدهما ما روي
انه صلى الله عليه وسلم قال ضالة المومن حرق النار ولما يخاف من التقصير
في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها وتاول الذين راوا
الالتقاط اولى الحديث وقالوا اراد بذلك الانتفاع بها لا اخذها وقال قوم
بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم
مامونين والامام عدل والواجب ان كانت اللقطة بين قوم غير مامونين
والامام عدل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مامونين والامام جائر
فالافضل الا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مامونين والامام غير عدل
فهو يتخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها اكثر من احد الطرفين وهذا
كله ما عدا لقطة الحاج فان العلماء اجمعوا على انه لا يجوز التقاطها لنهيه
عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة ايضا لا يجوز التقاطها الا لمنشد لورود النص
النص في ذلك والمروي في ذلك لفظان احدهما لا تحل لقطتها الا لمنشد
والثاني لا يرفع لقطتها الا منشد فالمعنى الواحد انه لا يرفعها الا من ينشدها
والمعنى الثاني لا يلتقطها الا من ينشدها للعرف الناس بها فقال مالك تعرف بها تان
اللفظتان ابدا واما الملتقط فهو كل حر بالغ مسلم لانها ولاية واختلف عن
الشافعي في التقاط الكافر جواز التقاط الكافر فقال ابو حامد من اصحابه جواز ذلك لاعتبار
الاسلام في ذلك وقال وفي اهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم اهلية
الولاية ووجه الجواز عموم احاديث اللقطة واما اللقطة بالجملة فهي

نها

373

فانها كل مال المسلم معرض للضياع كان في عامر الارض او غامرها والجماد و
الحيوان في ذلك سواء الا الابل باتفاق والاصل في اللقطة حديث زيد بن خالد
الجهني وهو متفق على صحته انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فساله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء
صاحبها والا فشانك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك او لاخيك
او للذئب قال فضالة الابل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء
وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث تضمن معرفة ما يلتقط مما لا
يلتقط ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها
مدعيها فاما الابل فاتفقوا على انها لا تلتقط وعلى الغنم انها تلتقط وترددوا
في البقر والنص عن الشافعي فيها انها كالابل وعن مالك كالغنم واما حكم التعريف
فاتفق العلماء على تعريف ما كان له منها بال سنة ما لم يكن من الغنم واختلفوا
في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والاوزاعي وابو
حنيفة والشافعي واحمد وابو ثور انه اذا انقضت السنة كان له ان ياكلها ان كان
فقيرا او يتصرف بها ان كان غنيا فان جاء صاحبها كان مخيرا بين ان يجيز الصدقة
فينزل على ثوابها او يضمنه اياها واختلفوا في الغني هل له ان ياكلها او ينتفع بها
بعد الحول فقال مالك والشافعي له ذلك وقال ابو حنيفة ليس له الا ان يتصدق
بها وروي مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم
متفقون على انه ان اكلها ضمنها لصاحبها الا اهل الظاهر واستدل مالك والشافعي
بقوله عليه السلام فشانك بها ولم يفرق بين غني وفقير ومن الحجة لهما ما رواه
البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت ابي بن كعب فقال وجدت صرة
فيها مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد
ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع
بها وخرج الترمذي وابو داود وفاستمتع بها فسبب الخلاف معارضة ظاهر
حديث اللقطة لاصل الشرع وانه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن
غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل وراى انه مستثنى منه قال

تعرّف بعد العام وبه قال من قال لا يضمنها إن جاء صاحبها ومن توسط
فقال يتصرف فيها بعد العام وإن كان عينا فهي على جهة الضمان وأما حكم د
فع اللقطة لمن ادعاها فإنهم اتفقوا على أنه لا يدفع إليه إذا لم يعرف العفاص
ولا الوكاء، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أو لا فقال
مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بينة وقال أبو حنيفة والشافعي
لا يستحق إلا ببينة وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة
في صحة الدعوى لظاهر الحديث فمن غلب الأصل قال لا بد من البينة ومن غلب
ظاهر الحديث قال لا يحتاج إلى بينة وإنما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي
وأبو حنيفة لأن قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء
صاحبها وإلا فشأنك بها يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والو
كاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها
لطالبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل
فإن الأصول لا تعارض بالاحتمالات إلا أن تصح الزيادة التي في
حديث بعد وعند مالك وأصحابه أنه على صاحب اللقطة أن يجمع العفاص والو
كاء صفة الدنانير والعدد فالواو ذه موجودة في بعض روايات الحديث
ولفظه فإن جاء باغيها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها
إليه فالواو ولا كذلك يضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء وكذلك
إن زاد فيه واختلفوا إن نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا إذا جهل
الصفة وجاء بالعفاص والوكاء وأما إذا غلط فيها فلا شيء له وأما إذا
عرف أحد العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقيل إنه لا
شيء له إلا بمعرفتهما جميعا وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء وقيل إن ادعى
الجهالة استبرئ وإن غلط لم يدفع إليه واختلف المذهب إذا أتى بالعلا
مة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين فقال ابن القاسم
بغير يمين وقال أشهب بيمين وأما ضالة الغنم فإن العلماء اتفقوا
على أن لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن

فقال تعرف بعد العام وبه قال من قال لا يضمنها إن جاء صاحبها ومن توسط
فقال يتصرف فيها بعد العام وإن كانت عينا فهي على جهة الضمان وأما حكم دفع
اللقطة لمن ادعاها فإنهم اتفقوا على أنه لا يدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء
واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أو لا فقال مالك يستحق
بالعلامة ولا يحتاج إلى بينة وقال أبو حنيفة والشافعي لا يستحق إلا
ببينة وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر
الحديث فمن غلب الأصل قال لا بد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج
إلى بينة وإنما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لأن قوله عليه
السلام اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها يحتمل أن
يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل أن
يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لطالبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال
وجب الرجوع إلى الأصل فإن الأصول لا تعارض بالاحتمالات إلا أن تصح
الزيادة ... أن يأكلها لقوله عليه السلام في الشاة هي لك أو لأخيك
أو للذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا فقال جمهور العلماء يضمن قيمتها
وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه لا يضمن وسبب الخلاف معارضة الظاهر لما قلنا
للأصل المعلوم من الشريعة لأن مثل هذا الكلام ههنا على الظاهر يجري على حكم الظاهر
ولم يجز للآخذ التصرف فيها وجب تعريفها بعد العام لقوة اللقطة ههنا وعنه
رواية أخرى أنه يضمن وكذلك الآخذ مما لا يبقى إذا خشي عليه التلف إن تركه وجعل
مذهب مالك عند أصحابه في ذلك على ثلاثة أقسام قسم يبقى في يد ملتقطه
ويخشى عليه التلف إن ترك كالعبد والعروض وقسم لا يبقى ويخشى عليه التلف
إن ترك كالشاة في القفر والطعام الذي يسرع إليه الفساد وقسم لا يخشى عليه التلف
فأما القسم الأول وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة
أقسام أحدها أن يكون يسيرا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفا
هته وهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والأصل في ذلك ما روي أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم مر بتمرة في الطريق فقال لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها

فيها
ولم يذكر تعريفها وهذا مثل العصا والسوط وان كان الشيء فوق [illegible]
تعريف والثاني ان يكون يسيرا الا ان له قدرا ومنفعة فهذا الاختلاف في المذهب
في تعريفه واختلفوا في قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل اياما واما الثالث
فهو ان يكون كثيرا له قدر فهذا لا اختلاف في تعريفه حولا واما القسم (وهو نوع)
الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف بابقائه فان له اكله
كله كان غنيا او فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا والاشهر الا ضمان
واختلف الوجه فيما يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقيل لا ضمان عليه و
قيل عليه الضمان وقيل يفرق بين ان يتصدق به او ياكله اعني انه يضمن
في الاكل ولا يضمن في الصدقة واما القسم الثالث فهو كالابل والاختيار عنده
فيها الترك للنص الوارد في ذلك فان اخذها وجب تعريفها والاختيار تركها
قيل في المذهب هو عام في جميع الازمنة وقيل انما هو في زمان العدل وان
الالتقاط في زمان غير العدل التقاطها افضل واما ان ضمنها الواجد في العام
الذي تعرف فيه قال العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على التقاطها
انما هلكت عنده انه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشا
فعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد
وقال ابو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد واستدل مالك والشافعي
بان اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا
ودليل انها وديعة ما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء
صاحبها والا فلتكن وديعة عندك واستدل ابو حنيفة وزفر بحديث
مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
التقط لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فهو
احق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب في ذلك
ان واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة اوجه

اخذها

اخذها ان ياخذها على جهة الاغتيال لها والثاني ان ياخذها على جهة الالتقاط والثالث
ان لا ياخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان اخذها على جهة الالتقاط
فهي امانة عنده وعليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن
وقال اشهب لا يضمن اذا ردها في موضعها وان ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة والقول
قول ابن القاسم ان ردها دون بعيد بذلك يسير واما اذا قبضها بعد الاياس منها وضمن لها ولا كراء في هذا
الوجه الا من قبله واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فياخذه وهو يظنه لقوم بين
يديه ليسالهم عنه فقالوا ليس هو لنا فهذا ان كان له ان يرده حيث وجده ولا ضمان عليه
باتفاق وعند بعض انه مالك ويتعلق بهذا الباب مسالة اختلف العلماء فيها وهي العبد
يستهلك اللقطة فقال مالك ان ذلك في رقبته اما ان يسلمه سيده فيها واما ان يفديه بقيمتها
هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه ولم تكن
في رقبته وقال الشافعي ان علم ذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت في رقبة
العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما انفق على اللقطة على صاحبها ام لا فقال الجمهور
ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكو
فيون لا يرجع بما انفق الا ان تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسالة هي من احكام
الالتقاط وهذا القدر كاف في مقاصد هذا الباب **باب** في اللقيط والنظر في
احكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي احكامه وقال الشافعي كل شيء ضائع
لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية وفي وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق
خلاف والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الاشهاد على اللقطة واللقيط هو الصبي
الصغير غير البالغ وان كان مميزا ففيه في مذهب الشافعي تردد والملتقط هو كل حر عدل
رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط والكافر يلتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية
له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط
الغنى ولا يلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشيء واما احكا
مه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقط في دار المسلمين ويحكم للطفل بحكم الاسلام
بحكم ابيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من اسلم منهما وبه قال ابن وهب من
اصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه
لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان

شا

يثبت في الدار ان يفعل فيه ما شاء في قوله عليه السلام ... المراة ثلاثا فيمسها
ويبيعها وولدها الذي لا عتق عليه بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وآله وصحبه
وسلم

كتاب الوديعة

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا
الكتاب هي في احكام الوديعة فمنها انهم اتفقوا على انها امانة لا مضمونة الا ما حكي
عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها امانة ان الله امر باداء الامانات
ولم يامر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه ان رد الوديعة
مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يكون دفعها اليه ببينة فانه لا يكون القول قوله
قالوا لانه اذا دفعها اليه ببينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها
فيصدق في تلفها ولا يصدق في ردها وهذا هو المشهور عن مالك واصحابه وقد قيل
عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها ببينة وبه قال الشافعي وابو حنيفة وهو
القياس لانه لا فرق بين التلف ودعوى الرد وبينهما ان ينقض الامانة وهذا فيمن دفع
الامانة الى اليد التي دفعتها اليه واما من دفعها الى غير اليد التي دفعتها اليه فعليه
ما على ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عز وجل فاذا
دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع
في الدفع عند مالك واصحابه الا بالبينة وقيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في
ذلك وسواء عند مالك امره صاحب الوديعة بدفعها الى الذي دفعها او لم يامره وقال
ابو حنيفة ان كان امره بدفعها الى من امره بدفعها فالقول قول المستودع
مع يمينه وان اقر المدفوع اليه بالوديعة اعني اذا كذبه المودع وادعى التلف
فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع او الى ذمة
فان كان القابض امينا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرا الدافع بتصديق
القابض وتكون المصيبة من الآمر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرا الدافع
الا باقامة بينة على الدافع او يأتي القابض بالمال واما ان دفع الى ذمة مثل
ان يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها الى فلان سلفا او سلفا في سلعة او ما

الشهيد في الدفع فان كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة
خربة فعلى قولين والسبب في هذا الاختلاف كله ان الامانة تقوي دعوى المدعي حتى يكون
القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذي امره المودع ان يدفعها اليه اعني الوكيل
بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع
ومن رأى ان تلك الامانة اضعف قال لا يبرا الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف
ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله
مع الآمر وهو مذهب ابي حنيفة ومن رأى انه اضعف منه قال الدافع ضامن الا ان يحضر
القابض المال والمستودع اذا اودعها بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال
العنبري يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون باجمعهم انه لا ضمان على صاحب الوديعة
الا ان يتعدى واختلفوا في اشياء هل هي تعد او ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة
في هذا الباب اذا انفق الوديعة ثم رد مثلها او اخرجها لنفقة ثم ردها فقال مالك
يسقط عنه الضمان اذا رد مثلها اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل
ان ينفقها وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين
جميعا ومن شبهه ان الامر عنده اذا تعدى فيها وفيه استنفقها ومن ... فيها
اذا عاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر فقال مالك ليس له ان يسافر بها الا ان
تعطى اليه في سفر وقال ابو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمنا
ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة
غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال ابو حنيفة ان اودعها عند من تلزمه
نفقته لم يضمن لانه شبهه باهل بيته وله عند مالك ان يستودع ما استودع
عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج او ولد او امة او اجير ومن اشبه
شبههم وبالجملة فحكم الجميع انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت عادة الناس
ان يحفظوا اموالهم مما كان ينبغي من الذي ... التقوى عليه وما كان يضيع
الذي يحفظه اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه

فقد سمعت وإن أشهد أنه بغير عذر ضمن وعن ابن وهب أنه من أودع وديعة في المسجد
فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان عليه وتختلف المذاهب في ضمانها بالنسيان
مثل أن ينساها في موضع ومثل أن ينسى من دفعها إليه ويدعيها اثنان
فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل إنه يضمن لكل واحد منهما وإذا أراد
السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه فيه
على وجه الرأي كان أو لم يعذر واختلف في ذلك أصحاب الشافعي فمنهم من يقول
إن أودعها غير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ومن العلماء
من يرى أنه واجب إذا لم يوجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع
عنده على حفظ الوديعة وما يحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها واختلفوا
من هذا الباب في فرع مشهور وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه وتجر وربح فيه
هل ذلك الربح له حلال أم لا فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة إذا رد
المال طاب له الربح وإن كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا
عنده وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدي الأصل ويتصدق بالربح
وقال قوم لرب الوديعة الأصل والربح وقال قوم هو مخير بين الأصل والربح
وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق
بالربح إذا فاتت فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الربح الباطل
قال الربح للمال ولذلك للإمام عمر رضي الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله
أن يصرفوا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال فتجرا فيه
فربحا فقيل له لو جعلته قراضا فأجابه إلى ذلك لأنه قد رأى أنه قد حصل للعامل
جزءا ولصاحب المال جزءا فرغ الكل بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد
وآله وسلم كتاب العارية والنظر في العارية في أركانها وأحكامها وأركانها
خمسة الإعارة والمعير والمستعير والمعار والصيغة أما الإعارة فهي فعل
خير ومندوب إليه وقد شذ فيها قوم من السلف الأول وروي عن ابن
عباس وعبد الله بن مسعود أنهما قالا في قوله تعالى ويمنعون الماعون إنه متاع

البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وما أشبه
ذلك وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للعارية إما لرقبتها أو لمنفعة
منفعتها وأما كونه أهلا للأخذ من المستعير أعني أن يعير بها وأما العارية
فتكون في الدور والأرضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته
مباحة الاستعمال ولذلك لا تجوز إعارة الجواري للاستمتاع ويكره للاستخدام
إلا أن تكون ذات محرم وصيغة الإعارة هي كل لفظ يدل على الإذن وهي عقد غير لازم
عند الشافعي وأبي حنيفة أي للمعير أن يسترجع عاريته إذا شاء وقال مالك
في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وإن شرط مدة ما لزمته تلك
المدة وإن لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العا
رية وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة
وأما الأحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فمنهم من قال إنها
مضمونة وإن قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي وأحد
قولي مالك ومنهم من قال بعكس هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا وهو قول
أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة
ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو قول مالك المشهور
وابن القاسم وأكثر أصحابه وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحد
يث أنه قال عليه الصلاة لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤداة وفي بعضها
العارية مؤداة وروي عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن أخذ بالمشهور
بحديث صفوان قال يضمن ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الود
يعة مقبوضة لمنفعة الدافع وهذه لمنفعة القابض واتفقوا في الإجارة أنها
غير مضمونة أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالكا ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان
في الإجارة أن لا يكون ضمان في العارية إن سلم سبب الضمان هو الانتفاع لأنه
إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة
الدافع منه فرغ في إسقاط الضمان واختلفوا إذا اشترط الضمان فقال قوم يضمنها
وقال مالك لا يضمن والشرط باطل وهو على قياس قول مالك إذا اشترط الضمان في المواضع

الذي يجب فيه عليه الضمان ان يلزمه اجارة المثل في استعماله العارية لان الذي
يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان
يعيرها اياه الا على جهة ضمانه فهو عوض مجهول فوجب ان يرد الى معلوم
واختلف مالك والشافعي فيمن اعار ارضا للمستعير ليبني ثم انقضت المدة التي اشترط
البناء فيها فقال مالك المالك بالخيار ان شاء اخرج المستعير يقلع عن ارضه وبناءه
وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مثاله قيمة بعد القلع وسواء عند
مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط او بالعرف والعادة وقال الشافعي
اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مثل البنيان الا القلع بل يخير بين المبيع بان
يعطيه باجر يعطيه او ينقض بارش ويتم ليكن بيده وانهما اراد المعير اجبر
عليه المستعير وان ابى الكلف بعد الملك وفي جواز بيعه النقض عند
خلافه بانه معرض للنقض وعمدة الشافعي ان اخرج المستعير بالقلع دون
ارش فهو ظلم وان عمدة مالك عليه اخلاء المحل وان العرف في ذلك ينتزل
منزلة الشرط وعمدة الشافعي انه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن
الاستعمال المأذون فيه فهو ضامن لما نقصها بالاستعمال واختلفوا فيما اذا لم يأذن
في الرحل يسئل جاره ان يغرز خشبة في جداره ليبني عليه خشبة تنفعه ولا يضر
صاحب الجدار وهل يقضى بذلك على ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه
فقال مالك وابو حنيفة لا يقضى بذلك اذ العارية لا يقضى فيها وقال الشافعي
واحمد وابو ثور وداود وجماعة اهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم
ما اخرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره ثم يقول ابو هريرة
ما لي اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واحتجوا ايضا
بما روي ان عمر بن الخطاب قضى على محمد بن مسلمة للضحاك بن خليفة في الخليج
واراد ان يمر به في ارض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك انت تمنعني
وهو لك منفعة تسقي منه اولا واخرا ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك

عمر

عمر بن الخطاب فدعا عمر محمد بن مسلمة فامره ان يخلي سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع
اخاك ما ينفعه وهو لك نافع فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك
فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذا حديث عمر في قضائه بتحويل الربيع عن عبد الرحمن بن عوف انه قال
كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من
الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله
وقد عول الشافعي في هذا الباب على ما خرجه من الاحاديث في ذلك سوى ما في كتاب
حديث ابي هريرة ملك وابو حنيفة قوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا عن
طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وخاصة حديث
ابي هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وان كان بناء العام على الخاص
يجب اذا لم يكن بينهما تعارض ووقع النظر في اصحاب مالك انه لا
يقضى بما قضى عمر على محمد بن مسلمة في الخليج وبه قضى عبد الرحمن بن عوف
في تحويل الربيع وذلك لانه راى ان تحويل الربيع ايسر من ان يمر عليه بالخليج
لم يكن فيه وهذا امر يجب عن ضنانه المستعار والحمد لله الرحمن الرحيم وصلى
الله على محمد والرسل

كتاب الشفعة

والنظر في الشفعة اولا في قسمين
القسم الاول في تصحيح هذا الحق وذكر اركانه والثاني في احكامه فاما وجوب
الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث
الثابتة واركانها اربعة الشافع والمشفوع عليه والمشفوع فيه وصفة
الاخذ بالشفعة الركن الاول وهو المشفوع فيه واتفق المسلمون على ان الشفعة
واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل
مذهب مالك ان الشفعة انواع احدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت
والبساتين والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول
وذلك كالبير ومحال النخل ما دام الاصل فيهما على صفة تجب فيها الشفعة
عنده وهو ان يكون الاصل الذي هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم
والثالث ما تعلق بهذه كالثمار وفيه عنه روايتان والاصل الذي هو الارض

خلاف وكذلك الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه في الشفعة في
الحمام والرحا واشباهما مما لا ينقسم من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذا
لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار واختلف عنه في كراء الدور
وفي المساقاة وفي الدين هل يكون الذي عليه الدين احق وكذا الذي عليه
الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروي عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى بالشفعة في الدين وبه قال اشهب من اصحاب مالك وقال ابن القاسم لا
شفعة في الدين ولم يختلفوا في ايجابها في الكتابة لحرمة العتق وفقهاء
الامصار على ان الشفعة انما في العقار وحكي عن قوم ان الشفعة في كل شيء ما
عدا المكيل والموزون ولم يجز ابو حنيفة الشفعة في البئر والفحل واجاز
ها في العرصة والطريق ووافق الشافعي مالكا في العرصة وفي الطريق وفي البئر
وخالفاه جميعا في الثمار وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد
في الحديث الثابت من قوله عليه السلام فيما لم ينقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة وكانه قال الشفعة فيما يمكن فيه القسمة ما دام لم
ينقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد اجمع عليه في هذا الموضع فقهاء
الامصار مع اختلافهم في صحة هذا الاستدلال به واما عمدة من اجازها في كل
شيء فما خرجه الترمذي عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك
شفيع والشفعة في كل شيء ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل
شيء وان كان في العقار اظهر ولما الحق مالك بالاصول ما يتبع العقار من
العقار واستدل ابو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روي لا شفعة في بئر
ومالك حمله على ابار الصحاري التي تعمل في ارض الموات لا التي تكون
في ارض متملكة الركن الثالث ذهب مالك والشافعي واهل المدينة الى ان لا شفعة
الا للشريك ما لم يقاسم وقال اهل العراق الشفعة مرتبة فاول الناس بالشفعة
الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت في الطرق او في الصحن شركة ثم الجار
الملاصق وقال اهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة اهل

المدينة

المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا
وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود فلا شفعة وحديث
جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت
الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذي وابو داود وكان احمد بن حنبل
يقول حديث معمر عن الزهري عن ابي سلمة بن عبد الرحمن اصح ما روي في الشفعة
وكان ابن معين يقول مرسل مالك احب الي اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب
موقوفا وقد جعل قوم هذا الاختلاف عن ابن شهاب في اسناده توهينا له
وقد روي عن مالك في غير الموطا عن ابن شهاب عن ابي هريرة وجه استدلال من هذا
الاثر ما ذكر فيه من انه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة
غير واجبة للشريك المقاسم فاحرى ان لا تكون واجبة للجار وايضا فان الشريك
المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة اهل العراق حديث ابي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال الجار احق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذي وابو
داود عنه عليه السلام انه قال جار الدار احق بدار الجار وصححه الترمذي
ومن طريق المعنى لهم ايضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر
الداخل من قبل الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب ان يلحق به ولاهل
المدينة ان يقولوا وجود الضرر في الشركة اعظم منه في الجار وبالجملة فعمدة المالكية
ان الاصول تقتضي ان لا يخرج ملك احد من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد
تعارضت الاثار في هذا الباب فوجب ان يرجع الى ما تشهد له الاصول ولكلا الفريقين
سلف متقدم فاهل العراق من التابعين واهل المدينة من الصحابة واما المشفوع عليه
فانهم اتفقوا على ان من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم او من جار عند من
يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك

ان الشفعة انما تجب في كل ملك انتقل بعوض او بغير عوض اما ان انتقل الملك بعوض
كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعي وعنه
رواية ثانية انها تجب في كل ملك انتقل بعوض او بغير عوض كالهبة لغير الثواب
والصدقة ما عدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق واما الحنفية
فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهرة الاحاديث وذلك ان
مفهومها يقتضي انها في المبيعات بدليل الامر فيها بالعرض على الشريك قبل البيع حتى
يستاذن شريكه واما المالكية فرات ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى
البيع ووجه الرواية الثانية انه اعتبر الضرر فقط واما الهبة للثواب
فلا شفعة فيها عند ابي حنيفة ولا الشافعي اما ابو حنيفة فلان الشفعة
عنده في المبيع فقط واما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطلة واما
مالك فللاختلاف عنده وعند اصحابه ان الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء
على ان المبيع الذي بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا
تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعي
والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص من ملكه وابانه
وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه وقيل ان الشفعة تجب عليه لانه خاص
وبه قال جماعة من اصحاب مالك واختلفوا في الشفعة في المساقاة الركن
الرابع في الاخذ بالشفعة والنظر في هذا الركن فيما ياخذ الشفيع وكم ياخذ
ومتى ياخذ فاما بماذا ياخذ فانهم اتفقوا انه ياخذ في البيع بالثمن ان كان
حالا واختلفوا اذا كان البيع الى اجل هل ياخذه الشفيع بالثمن الى
الاجل او ياخذ المبيع بالثمن حالا او هو مخير فقال مالك ياخذها
بالثمن الى الاجل اذا كان مليا او ياتي بضامن ملي وقال الشافعي الشفيع
مخير فان عجل عجلت الشفعة والا تاخرت الى وقت الاجل وهو نحو قول
الكوفيين وقال الثوري لا ياخذها الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول

قال ومنهم من يقول يتقوم بالذي باعها به الى الاجل فاذا بلغ الاجل اخذها الشفيع والذين راوا
الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه ياخذ الشفعة
بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس متعين المثل ان يكون مهرا او خلعا واما
ان يكون مكيلا في شيء ينحصر ولم يكن نابتا في ذمة وبالجملة مكيلا او موزونا
فانه ياخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء معدودا
في الشرع اخذه ذلك القدر مثل ان يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه
او منقلة فانه ياخذه بدية الموضحة او المنقلة واما كم ياخذ فان الشفيع لا يخلو
ان يكون واحدا او اكثر والمشفوع عليه ايضا لا يخلو ان يكون واحدا او اكثر فاما ان
كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف في ان الواجب على
الشفيع ان ياخذ الكل او يدع واما ان كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء اكثر
من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين احدهما في كيفية قسمة المشفوع
فيه بينهم والثاني اذا اختلفت اسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة او لا
مثل ان يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لانهم اهل سهم واحد وبعضهم
لانهم عصبة فاما المسالة الاولى وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا
والشافعي وجمهور اهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقسم فيه بينهم
على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من اصل المال الثلث مثلا اخذ من الشقص
ثلثا بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع اخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد
الرؤوس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة
المدنيين ان الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على
مقدار الاصل اصله الاكرية في المستاجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وايضا
فان الشفعة انما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء
لانه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه
على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك
فيستوون في ذلك اذ كانوا في الملكية مختلفة لاستوائهم في نفس الملك وربما شبهوا
ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه انه يقوم على المعتقين على السوية

أعني حكما من لم يثبتها وأما المسألة الثانية فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشراك
الذين هم أهل سهم في الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل
السهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشراك معهم في المال من قبل
التعصيب وأنه لا يدخل العصبة في الشفعة على أهل السهام المفروضة ويدخل
ذوو السهم على ذوي التعصيب مثل أن يموت ميت فيترك عقارا يرثه عنه بنتان
وابنا عم فتبيع البنت الواحدة حظها فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع
في الحظ الذي باعته أختها فقط دون ابني العم وإن باع أحد ابني العم نصيبه
يشفع فيه البنات وابن العم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة
لا يدخل ذوو السهام على العصبة ولا العصبة على ذوي السهام وهو الذي اختاره
المزني وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه صلى
الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يخص ذوي السهام من عصبة ومن
خصص ذوي السهام من العصبة فلأنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب
أعني ذوي السهام وبين العصبة فشبه الشركات المختلفة في صورها بالشر
كات المختلفة من قبل محالها ومن أدخل ذوي السهام على العصبة ولم يدخل
العصبة على ذوي السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان
أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبة وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنان
اثنان وأكثر وأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فقال ابن القاسم
إما أن يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي له أن يشفع
على أيهما أحب وبه قال أشهب وأما إذا باع رجلان شقصا من رجل وأراد
الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فإن أبا حنيفة منع ذلك
وجوزه الشافعي وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد أعني الأشراك
فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له البائع في البيع فالجمهور على أن للمشتري
أن يقول للشريك إما أن تشفع في الجميع أو تترك وأنه ليس له أن يشفع
بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك وأنه ليس له أن يبعض الشفعة

على المشتري إذا لم يرض بتبعيضها وقال أصبغ من أصحاب مالك إن كان في بعضهم
ترك الشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته فقط ولا خلاف
في مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا وأراد الحا
الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك إلا أن يأخذ الكل أو يدع فإذا
قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك واتفقوا على أن من شروط الأخذ بالشفعة
أن تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها أن تكون مع
وجودها حال البيع وأن تكون ثابتة أيضا قبل البيع فأما المسألة الأولى وهو
إذا لم يكن شريكا في حال البيع وذلك يتصور بأن يكون يتراخى على الأخذ بالشف
شفعة لسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ
الذي كان له شريكا فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك فمرة قال له الأخذ
بالشفعة ومرة ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول
الشافعي والكوفيين لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من
جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة إذا كان قيامه
في أمد يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه وأما المسألة الثا
نية فصورتها أن يستحق إنسان شقصا في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق
شقص هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لأنه وجب له الشفعة
بتقدم شركته قبل البيع ولا يعرف عن مالك كلام يرد عليه أو لم يذكره وقال قوم لا تجب
له الشفعة لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا ألا ترى أنه لا يأخذ
الغلة من المشتري وأما مالك فقال إن طال الزمان فلا شفعة وإن لم يطل ففيه
الشفعة وهو استحسان وأما متى تجب الشفعة فإن الذي تبطل له الشفعة رجلان
حاضر وغائب أما الغائب فأجمع أهل العلم أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع
شريكه واختلفوا إذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا
تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث
جابر أنه قال الجار أحق بصقبه وقال الشفعة ينتظر بها إذا كان غائبا
وأيضا فإن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق
الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها وأما الحاضر فإن

فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعي وابو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وامكنه الطلب ولم يطلب بطلت الشفعة الا ان ابا حنيفة قال ان اشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى واما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود او لا فمرة قال غير محدود وانها لا تنقطع ابدا الا ان يحدث المبتاع بناء او تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروي عنه السنة وهو الاشهر وقيل اكثر من سنة وقيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما روي انه عليه السلام قال الشفعة كحل العقال وقد روي عن الشافعي ان حدها ثلاثة ايام وانها لم تسقط الشفعة بالسكوت فاعتمد على ان السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن احواله ما يدل على اسقاطه وهذا كان اشبه باصول الشافعي لان عنده انه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به احوال تدل على رضاه ولكنه فيما احسب اعتمد الاثر وهذا هو القول في اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الاحكام القول في احكام الشفعة واحكام الشفعة كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين الفقهاء فاشهر مسائلهم اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انها لا تورث كما انها لا تباع وذهب مالك والشافعي واهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسألة في مسألة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري او على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن ابي ليلى هي على البائع وقال ابو حنيفة هي على من [illegible] وعمدة من لم يلزمها البائع ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول الملك للمشتري وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الغير ان الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع وكون ما يطرأ على البيع من فسخ له وعقد لها واجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى انها بيع ومن رأى انها فسخ الا ان الاقالة وانقلب

اصحاب

اصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال اشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا احدث المشتري بناء او غرسا وما يشبه ذلك في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لا شفعة له الا ان يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وابو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا او يأخذه بنقضه والسبب في الخلاف تردد تصرف المشتري الذي يكون عليه العدل بوجوب الشفعة عليه بين شبه تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق قال لم يكن له ان يأخذ الا بالقيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال له ان يأخذ بنقضه او يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم اذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته باقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك [illegible] وقال القول قول الشفيع لان المشتري قد اقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف به واما اصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسألة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا اتى بما يشبه فان اتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال اشهب اذا اتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين وحكي عن مالك انه قال اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل اذا اتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما احسب اذا اتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا اتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع الى الاصل من ان القول قول المشتري مع يمينه وقال اشهب البينة بينة المشتري لانها زادت علما

كمل كتاب الشفعة بحمد الله وحسن عونه بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القسمة والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى واذا حضر القسمة اولو القربى وقوله مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما دار قسمت في الجاهلية [illegible] على قسم الاسلام والنظر

في القسمة في ابواب الاول في انواع القسمة الثاني في تمييز نوع من انواعها الثالث
في معرفة احكامها الباب الاول في القسمة تنقسم اولا الى قسمين قسمة رقاب
الاموال والثاني قسمة منافع الرقاب القسم الاول من هذا الباب فاما قسمة
الرقاب التي لا تكال ولا توزن فتنقسم بالجملة الى ثلاثة اقسام قسمة قرعة
بتعديل وقسمة مراضاة بعد تعديل وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل
واما ما يكال ويوزن فبالكيل والوزن القسم الثاني واما الرقاب فانها تنقسم
الى ثلاثة اقسام الى ما لا ينتقل ولا يحول وهي الرباع والاصول والى ما ينتقل
والى ما يحول وينقل فقسمان اما غير مكيل وموزون وهو الحيوان والعروض
واما مكيل وموزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول الاول في الرباع الثاني
في العروض الثالث في المكيل والموزون الفصل الاول فاما الرباع والاصول
فيجوز ان تقسم بالتراضي وبالقسمة اذا عدلت بالقيمة اتفق اهل العلم على
ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمة
لا تخلو ان تكون في محل واحد او في محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد
فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى اجزاء متساوية بالصفة ولم
تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجبر الشريك على ذلك واما اذا انقسمت
الى ما لا منفعة فيه ففيه اختلاف في ذلك مالك واصحابه فقال مالك انها تقسم
بينهم اذا دعا احدهم الى ذلك ولو لم يصر للواحد منهم الا ما لا منفعة
فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من اصحابه وهو قول ابي حنيفة
والشافعي وعمدتهم في ذلك قوله تعالى مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا وقال ابن
القاسم لا يقسم الا ان يصير لكل واحد منهم في حظه ما ينتفع به من غير
مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة وان كان لا يراعى في ذلك
ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع
به وان كان من غير جنس المنفعة في حال بعضهم ما ينتفع به وفي حظه
ما لا ينتفع به قسم وجبر على ذلك سواء دعا صاحب النصيب القليل
او الكثير الى القسمة وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا
صاحب النصيب الكثير وقيل بالعكس وهذا هو ضعيف واختلفوا من
هذا الباب فيما اذا اقسم انتقلت منفعته الى منفعة اخرى مثل الحمام فقال

مالك

مالك يقسم اذا طلب ذلك احد الشريكين وبه قال اشهب وقال ابن القاسم لا يقسم وهو
قول الشافعي وعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وعمدة من
راى القسمة قوله تعالى مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا ومن الحجة لمن لم ير
القسمة حديث جابر عن ابيه لا تعضية على اهل الميراث الا ما حمل القسم والتـ
التعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم واما اذا كانت الرباع اكثر من واحد
فلا يخلو ايضا ان تكون من نوع واحد او مختلفة الانواع فاما اذا كانت
متفقة الانواع فقسمته بالتقويم والتعديل وقال ابو حنيفة والشافعي
بل يقسم كل عقار على حدته وعمدة مالك انه اقل للضرر الداخل على الشركاء
من القسمة وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار تتعين به بعينه لانه تتعلق به
الشفعة واختلف اصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق
وان تباعدت مواضعها منها على ثلاثة اقوال واما اذا كانت الرباع مختلفة مثل
ان يكون منها دور ومنها حوانيت ومنها ارضون فلا خلاف انه لا يجمع في
القسمة بالقرعة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة الا يقسم مع الثمرة اذا بدا
صلاحها بالاتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر
وذلك مزابنة فاما قسمتها بعد جدها وصلاحها الصلاح ففيه اختلاف بين
اصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك الا قبل الابار بحال من الاحوال ويعلل
ذلك بانه يؤدي الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك لم يجز مالك اشتراء الثمر الذي
لم يبد صلاحه بالطعام لا نسيئة ولا نقدا واما اذا كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده
ان يشترط احدهما على الاخر ما وقع من الثمرة في نصيبه وهو داخل في القسمة
وما لم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة والعلة في ذلك انه يجيز اشتراء الثمر
المشترط بعد الابار [illegible] ولا يجوز قبل الابار فكان احدهما اشترى حصة
صاحبه من جميع الثمار التي وقعت لشريكه واشترط الثمرة وصفة القسم بالقرعة
ان يقسم الفريضة وتحقق وتضرب وان كان في سهامها كسر الى ان تصح الا
السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على اقل السهام
بالقيمة وربما عدل جزء من موضع ثلاثة اجزاء من موضع آخر على قدر [illegible]
ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفة وعدلت كتبت في بطاقة اسماء الاشتراك
واسماء الجهات فمن خرج اسمه واسم الجهة مكن منها وقيل [illegible] لا الاسماء في

في الجهات ثم خرج اسمه في جهة اخذ منها فان كان اكثر من الذي اسهم ضوعف
له حتى يتم حقه فهذا هو حال القرعة والسهمة في الرقاب والسهمة انما دخلها الفقهاء
في القسمة تطييبا لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها
قوله تعالى فساهم فكان من المدحضين وقوله وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم
ايهم يكفل مريم ومن الآثار الثابتة الذي جاء فيه ان رجلا اعتق ستة اعبد
عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلثهم وارق
الرقيق واما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تقويم وتعديل او بغير تعديل
وتقويم فيجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما تجوز
فيها ما يجوز في البيوع الفصل الثاني في العروض واما الحيوان والعروض
فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منها للفساد الداخل في ذلك
واختلفوا اذا تشاح الشريكان في العين الواحدة ولم يتراضيا بالانتفاع
على الشياع واراد احدهما ان يبيع معه صاحبه فقال مالك واصحابه يجبر على ذلك
فان اراد احدهما ان ياخذ بالقيمة التي اعطى فيه اخذه وقال اهل الظاهر لا
يجبر لان الاصول تقتضي ان لا يخرج ملك احد من يده الا بدليل من كتاب او سنة
او اجماع وحجة مالك ان في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد
قلنا في غير موضع انه ليس يقول به احد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه
كالضروري في بعض الاشياء واما اذا كانت العروض اكثر من جنس واحد
فاتفق الفقهاء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل
والسهمة فاجازها مالك واصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك
عبد العزيز بن ابي سلمة الماجشون واختلف اصحاب مالك في تمييز الصنف
الواحد الذي يجوز فيه السهمة من الذي لا يجوز فاعتبر اشهب ما لا يجوز
فيه سلم بعضه في بعض واما ابن القاسم فاضطرب قوله فمرة اجاز القسمة با
لسهمة فيما لا يجوز بعضه في بعض وجعل القسمة اخف من السلم ومرة منع
القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل ان مذهبه ان القسمة في ذلك اخف
وانه يعتبر الذي لكل من قبلها ان القسمة عنده اشد من السلم فيبطل القياس
بل على اصله الشاذ ومذهب ابن حبيب انه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين

مثل

384

مثل الخز والحرير والقطن والكتان واجاز اشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة
مع التراضي وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضي الفصل الثالث واما المكيل و
الموزون فلا تجوز القرعة فيه باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل ايضا لا يخلو ان
يكون صبرة واحدة او صبرتين او اكثر فان كان صنفا واحدا فلا يخلو ان تكون في
قسمته على الاعتدال بالكيل والوزن اذا ادعى الى ذلك احد الشريكين
ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوي
او من غير الربوي اعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالمكيال المعلوم
والمجهول ولا تجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن واما ان كان قسمته في مكيل
فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل
في جواز بيعه تحريا واما ان لم يكن الامر صبرة واحدة وكانا صنفين فلا يجوز في الا
مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز قسمتها على جهة الجمع الا بالكيل المعلوم فيما
يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم
يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من المكيال المعلوم و
ويتنزل كله على مذهب مالك لان اصل مذهبه ان يحرم التفاضل في الصنفين اذا اتفقت
المنافع فيهما مثل القمح والشعير واما ان كان كلاهما مما يجوز فيه التفاضل فتجوز
قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف او الصنجة
المعروفة اعني على جهة الجمع وان كانا صبرتين وهذا الجواز كله في المذهب على
جهة الرضى والتسليم واوجب الحكم فلا يقسم كل صبرة الا على حدة واما اذا قسمت
كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المجهول والمعلوم وهذا كله هو حكم
القسمة التي تكون في الرقاب الفصول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع
فاما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر
عليها من اباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب ابو حنيفة
واصحابه الى انه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمها
يأة وذلك اما بالازمان او بالاعيان فاما قسمة المنافع بالازمان
فهو ان ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه
واما قسمة الاعيان بان يقسما الرقاب على ان ينتفع كل واحد منهما

فما حصل له من ذلك وحده والزوائد باقية على أصل الشركة وفي المذهب في
قسمة المنافع من الزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة فيه
لبعض المنافع دون بعض للاستغلال وللانتفاع مثل استخدام العبد ور
كوب الدابة وزراعة الأرض ففي الدابة فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول
وأما ما فيها ينقل ويحول فلا يجوز عند ابن القاسم أبدا في المدة الكثيرة ويجوز
في اليسيرة وذلك في الاستغلال وفي الانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز
في المدة القصيرة والأجل البعيد وذلك في الاستغلال والانتفاع واختلفوا في
المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاستخدام ولا يجوز في المدة الكثيرة وفي
الدور والأرضين يجوز للسنين المعلومة والأجل البعيد وأما الاستغلال
فقيل اليوم الواحد وقيل لا يجوز في الدابة والعبد وأما الاستخدام في
فقيل يجوز في مثل الخمسة الأيام وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما
في التهايؤ في الأعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا دارا
تلك المدة بعينها فقيل يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين ولا يجوز
في الأرض للغلة والكراء إلا في الزمان اليسير وقيل لا يجوز على قياس التهايؤ
بالأزمان وكذلك القول في استخدام العبد والدواب بغير الغلة وفي الغلة
على الاختلاف في قسمتها بالزمان فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب
وفي المنافع الصحيحة والفاسدة ويلحق بهذا الكتاب القول في الأحكام

القول في الأحكام والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها
والرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها والطوارئ عليها ثلاثة غبن أو وجود
عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق
في المذهب بناء على القياس من يرى أن له أن يقوم في الفسخ […] وعلى مذهبه أن
يوقف في القسمة وأما الرد بالعيب فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن
يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله فإن وجده في جل نصيبه فإنه لا يخلو أن يكون
النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فإن كان قد فات رد الواجد
للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم
قبضه وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة على أصلها وإن كان

العيب

العيب في أقل الحظ رد ولا يرجع بحصة ما يقابله وإن كان فيما يساويه قال أشهب
والذي العيب الرد بالعيب فيه تنقض وفي كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون
وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لأن التي بالتراضي
أشبه بالبيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق وإذا استحق بالغبن ووجدان
يفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب أن كان
المستحق كثيرا وحكم الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه وإن كان فات رجع
عليه بنصف قيمة ما في يديه وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء
وقال سحنون إذا استحق مما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسم القرعة لأنه قد تبين
أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على أهل المال حق فيه
مثل طوارئ الدين على الشركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث فإن أصحاب مالك
اختلفوا في ذلك فأما طرو الدين فالمشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم أن القسمة
تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم
باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قال بإبطال القسمة ولما
يبدأ بحق الله لقول الله سبحانه من بعد وصية يوصى بها أو دين وقيل تنقض إن لم
يخرج الورثة من عندهم ما ينوبه من الدين وهذا الحكم في طرو الموصى له على الورثة وأما
طرو الوارث على الشركة بعد القسمة فقال أن يعد نصيبه كل واحد منهم ولا تنتقض
القسمة وأخذ من كل واحد حصته إن كان المال مكيلا أو موزونا وإن كان حيوانا
أو عروضا انتقضت القسمة وقيل يأخذ من كل واحد منهم ما تلف في يديه بغير سبب
منه وقيل يضمن وقيل لا يضمن كمل كتاب القسمة بحمد الله وعونه بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على محمد وآله وسلم كتاب الغصب وفيه بابان الباب الأول في الضمان وفيه
أركانه الأول الموجب للضمان والثاني ما فيه الضمان والثالث الواجب في الضمان
وأما الباب الثاني ففي الطوارئ على الغصب الباب الأول وأما الموجب للضمان
فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه وإما المباشرة للسبب المتلف
وإما إثبات اليد عليه واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان إذا تناول
التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر
فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة

لا يضمن على حال وفرق الشافعي بين أن يهيجه على الطيران أو لا يهيجه فقال يضمن إن هاجه
ولا يضمن إن لم يهيجه ومن هذا من حفر بئرا أو سقفا فيه شيء فهلك عند مالك والشافعي ويقول
أحمد بحيث يكون حفره تعديا ضمن من تلف فيه وإلا لم يضمن ويجيء على أصل أبي حنيفة
أنه لا يضمن في مسئلة الكلاب وهل يشترط في المباشرة أو لا يشترط أن يكون الأموال المتلفة
عمدا أو خطأ وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه
أن يكون مختارا المعلوم عند الشافعي أنه يشترط أن يكون مختارا وكذا المكره على
الضمان أعني المكره على الإتلاف **الركن الثالث** وأما ما فيه الضمان فهو كل مال
تلفت عينه أو تلفت عند الغاصب بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك
فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال
الجمهور إنها تضمن بالغصب أعني أنها إن انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو
حنيفة لا تضمن وسبب اختلافهم هل تكون يد الغاصب عليها مثل كون يده على ما
ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا
قال لا ضمان **الركن الثالث** وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب
إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا
خلاف فيه وأما إذا ذهبت عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا أن على
الغاصب المثل أعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال
مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي
وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم
المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق
شقصا له من عبد قوم عليه قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه
المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من
النعم ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المغصوب عليه ومن الحجة لهم ما
خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه
فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها
فكسرت القصعة فأخذ النبي عليه السلام الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى
وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت أمكم كلوا كلوا حتى جاءت بقصعتها التي

في بيتها

في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة
إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت التي غارت
وكسرت الإناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت فقال إناء مثل
إناء وطعام مثل طعام والكلام في الباب الثاني في الطوارئ على المغصوب إما زيادة
وإما نقصان وهذه إما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق فأما النقصان الذي يكون
بأمر من السماء فعنده أنه ليس له إلا أن يأخذه ناقصا أو يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل إن له
أن يأخذه ويضمن الغاصب قيمة العيب وأما إن كان النقص بجناية الغاصب
فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه وما نقصته
الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم
الغصب وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ولا شيء
له في الجناية كالذي يجيء بأمر من السماء والذي ذهب إليه في الموازية والسبب في هذا الـ
خلاف أن من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما
حدث فيه من نماء أو نقصان كأنه حدث على ملك صحيح فأوجب الغلة له ولم يو
جب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول
أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب
مضمونا على الغاصب في قيمته في كل آن أنه يرد على ما أخذه بأرفع القيم وأو
جب عليه رد الغلة وجعل النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو
قول الشافعي وعلى قياس قوله ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب وبين
التي تكون بأمر السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس
الشبه لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان تعين
منه كأنه غصب عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الخلاف في هذا الباب
فقف عليه وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غيره [illegible]
المغصوب فيه مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب
وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنايات وهذا حكم الجنايات على الغير
في يد الغاصب وأما الجنايات على الغير من غير أن يغصبه غاصب فإنها تنقسم
عند مالك إلى قسمين جناية تبطل يسيرا من المنفعة والمقصود من الشيء وإن كان

هذا حيوانا فيه ما نقصته الجناية وذا البيان يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيعطيه
ما بين القيمتين هو اما اذا كانت الجناية مما ابطلت الغرض المقصود منه فصاحبه يكون مخيرا
ان يشاء اسلمه للجاني واخذ قيمته وان يشاء اخذ قيمة الجناية وقال ابو حنيفة وان
يشاء بعد ليس له الا قيمة الجناية وسبب الخلاف هل المتعدي الى الحمل على الغاصب
وتشبيه اتلاف اكثر المنفعة باتلاف العين واما النماء فانه على قسمين احدهما
ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب والثاني ان يكون
مما احدثه الغاصب فاما الاول فانه ليس بعوض واما النماء بما احدثه الغاصب في
الشيء المغصوب فانه ينقسم [illegible] ان الغاصب [illegible] قسمين احدهما ان يكون
قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ والنقش في البنيان وما اشبه ذ
لك والثاني الا ان يكون قد جعل فيه من ماله شيء الا العمل كالخياطة والنسج
وكعمل [illegible] والعشبة يعمل منها [illegible] فاما الوجه الاول وهو ان يجعل
فيه من ماله ما له عين قائمة فانه ينقسم على وجهين احدهما ان يكون في الذي يمكنه
اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما اشبه ذلك والثاني ان لا يقدر على
اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته واما الوجه الاول فالمغصوب منه
مخير بين ان يامر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ما فيها مما جعل من
نقض او غيره وبين ان يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا
بعد اجر القلع [illegible] اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بعبيده ولما
[illegible] وقيل انه لا يحط من ذلك اجر القلع هذا اذا كانت له قيمة وان لم تكن
له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء الا ان يرضى المغصوب ان يعطي للغا
صب ما [illegible] منه على [illegible] لم يكن له مقال واما الوجه
الثاني فهو فيه مخير بين ان يدفع قيمة الصبغ وما اشبهه وياخذ ثوبه
وبين ان يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا في السويق الذي يلته في السمن وما اشبه
ذلك [illegible] فلا يخير [illegible] لانه [illegible] ويكون في [illegible]
الغاصب فيه المثل او القيمة فيما لا مثل له واما الوجه الثاني من القسم

فالاول

فالاول وهو ان لا يكون اخرج الغاصب فيما احدثه في الشيء المغصوب سوى العمل
فان ذلك ينقسم قسمين احدهما ان يكون في الذي لا ينتقل به الشيء عن
اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب او الرفو له والثاني ان يكون في العمل كثيرا ينتقل به
الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه
والفضة يصوغ منها حليا او دراهم فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب
وياخذ المغصوب منه الشيء معمولا واما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب
قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه او مثله [illegible] هذا تفصيل مذهب
ابن القاسم في هذا المعنى واشهب يجعل ذلك كله للمغصوب اصله مسألة
البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على اخذه من الصبغ والرقم
والتبييض والدباغ والكمد [illegible] ويفصل ابن القاسم ان الصبغ تفويت يلزم الغا
صب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين [illegible] بقيمة الصبغ
وهذا بقيمة الثوب ان لم يدفع قيمة الصبغ وابى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب
[illegible] الغاصب [illegible] وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان
بوجه شبهة وقول [illegible] في الصبغ مثل قول ابن القاسم الا انه يجيز الشركة
بينهما ويقول انه ليس للغاصب قلع الصبغ ان امكنه وان نقص الثوب ويكون
للمغصوب [illegible] واصول الشرع تقتضي ان لا يستغل مال الغاصب من
اجل غصبه وسواء كان منفعة او عينا [illegible] بقوله عليه السلام ليس
لعرق ظالم حق [illegible] منفعة [illegible] بين ماله
وبين الشيء الذي غصبه [illegible] المغصوب [illegible] حكم الشيء المغصوب
والثاني ان حكمها بخلاف حكم الشيء المغصوب [illegible] حكمها حكم الشيء
المغصوب [illegible] يقول انه [illegible] يوم قبضها
او اكثر ما [illegible] على قول [illegible] ان الغاصب يلزمه ان يرفع الغلة
من يوم غصبها لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب واما الذي هو [illegible]
حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلفوا [illegible] اختلافا كثيرا بعد
اتفاقهم على انها ان تلفت ببينة انه لا ضمان على الغاصب وانه ان ادعى تلفها

لم يصح ما وان كان بعد المغصوب عليه وتحصيل مذهب [illegible] في حكم الغلة ان الغلل
تنقسم ثلاثة اقسام احدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته
وهو الولد وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته وهو ثمر النخل ولبن الماشية
وجبنها وصوفها وغلة غير متولدة بل هي منافع وهي كراء الارضين والخراجات
وما اشبه ذلك فاما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف اعلمه ان الغاصب
يرده كالولد مع الام وقال [illegible] فعليه رد الولد وقيمة الام وهو القياس واما
ما كان على غير خلقته وصورته ففيه قولان احدهما ان للغاصب والثاني
انه يلزمه رده مع الشيء المغصوب ان كان قائما وقيمته ان ادعى تلفه ولم يعرف
ذلك الا من قوله [illegible] تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين ان يضمنه قيمته ولا شيء له
في الغلة وبين ان ياخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة واما ما كان غير متولد
فاختلف فيه على خمسة اقوال احدها انه لا يلزمه رد جملة من غير تفصيل والثاني
انه يلزمه رده من غير تفصيل والثالث انه يلزمه رد [illegible] ولا يلزمه رد [illegible]
انتفع او عطل والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل والخامس الفرق
بين الحيوان والاصول [illegible] فيلزمه منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع
الحيوان وهذا كله فيما استغل من العبيد المغصوبة مع بقاء اعيانها واما
ما استغل منها بتصريفها وتحويل اعيانها كالدنانير يغتصبها فيتجر فيها فيربح
والغلة له قولا واحدا في المذهب وقال [illegible] الربح للمغصوب وهذا ايضا
اذا اغتصب [illegible] اغتصب الغلة دون [illegible] فهو ضامن
للغلة [illegible] الخلاف في ذلك سواء [illegible] او انتفع او اكرى كان [illegible]
[illegible] قال [illegible] انه من تعدى [illegible]
او حمل عليها [illegible]
في تعديه وهذا قوله في [illegible]

غراء

في منتهى

في منتهى جاز له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر فيه من المال المغصوب وان كان
الفرق بينهما الذي تجر به تحول عينه ومن الثاني لم تتحول عينه وسبب اختلافهم في هل
يرد الغاصب الغلة او لا يردها اختلافهم في تخصيص قوله عليه السلام الخراج بالضمان
وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه السلام الخراج بالضمان خرج على
سبب وهو ان رجلا ابتاع عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا [illegible] ان الغلة [illegible] للمشتري
[illegible] فهل يقصر على سببه او يحمل على عمومه ففيه خلاف بين الفقهاء الا ان
[illegible] مشهور من قصرها ها هنا على سببه قال لا تجب الغلة من قبل
الضمان فيما صار اليه [illegible] بسبب شبهة مثل ان يشتري شيئا فيستغله فيستحق
منه واما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق
ظالم حق فيعم هذا الحديث في [illegible] وخصص الثاني واما من عكس الامر فعمم
قوله عليه السلام الخراج بالضمان على ظاهر السبب الذي خرج عليه و
خصص قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق بان جعله في الاصول الثابتة دون الغلة
فقال لا يرد الغلة الغاصب واما من لم يفرق بين [illegible] قوله والقياس ان يجب
المنافع واللعبان المتولدة بحال واحد وان يعتبر التصرف [illegible] امثال
[illegible] الا انه [illegible] واجمع العلماء على ان من غرس
نخلا او شجرا او بنى [illegible] في غير ارضه ان [illegible] بالقلع لما ثبت من حديث مالك
عن هشام بن عروة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي
له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم [illegible] غرس في ارض الغير وروى
ابو داود [illegible] زيادة قال عروة ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث
ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس احدهما نخلا في ارض الآخر
فقضى لصاحب الارض بارضه وامر صاحب النخل ان يخرج نخله منها قال فلقد رايتها
وانها لتضرب اصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى اخرجت منها [illegible] واما من زرع
المشهور [illegible] ان من زرع زرعا في ارض غيره [illegible] فلم يكن لصاحب
الارض ان يقلع زرعه [illegible] الزرع كله [illegible] وغيره [illegible] فيه قياس
قول الجمهور وعلى قول ان كان [illegible] الغاصب [illegible] الدابة المغصوبة
[illegible] الزرع على [illegible] وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزرع في ارض

غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروي عن رافع
بن خديج أنه قال عليه السلام من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع
شيء. واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال
أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته والثاني لا ضمان عليه والثالث أن
الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار والرابع وجوب
الضمان في غير المنفلتة ولا ضمان في المنفلتة وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار
مالك والشافعي وبعدم الضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان بالإطلاق
قال الليث إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع
مروي عن عمر رضي الله عنه وعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان أحدهما قوله
تعالى وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم والنفش عند
أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا احتجاج على مذهب من يرى أنه يلزمنا
بشرع من قبلنا والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط
قوم فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها
وأن ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها أي مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله
عليه السلام العجماء جرحها جبار قال الطحاوي وتحقيق مذهب أبي حنيفة
أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة وأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية
تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح وأما إذا كانت في أرض مزارع لا مسرح فيها
فيضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول
له وذلك أنه تعد من المرسل والأصول على أن التعدي فيه الضمان ووجه من فرق بين
المنفلتة وغير المنفلتة بين فإن المنفلتة لا يملك وسبب الخلاف في هذا الباب معارضة
الأصل للسماع ومعارضة السماع بعضه لبعض وذلك أن الأصل يعارض حديث
العجماء جبار ويعارض أيضا التفرقة التي في حديث البراء والتفرقة التي في حديث
البراء تعارض بعمومه حديث العجماء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم
في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة
بربع ثمنها وكتب إلى شريح يأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز

تشع

وقال الشافعي

وقال الشافعي ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص من ثمنها قياسا على التعدي
في سائر الأموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا إذا قال الصاحب
قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم
أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف وسبب الخلاف إذن معارضة القياس لقول
الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصؤول وما أشبهه يصول على الرجل
فيخاف على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه إذا بان أنه خافه
على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم يضمن
القياس على من قصد رجلا فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة
القاصد المتعدي أنه ليس عليه قود وإذا كان في الأعلى النفيس كان في الأدنى المماثل
على النفس أعظم حرمة من المال وقياسا أيضا على إهدار دم الصبي الحربي إذا صال
وبه تمسك جل أصحاب الشافعي وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة
إليها أصله المضطر إلى طعام الغير وأن حرمة البهيمة من جهة ما هو ذو نفس ومن هذا
الباب اختلافهم في المكره على الزنا هل عليه صداق مع الحد فقال مالك
والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعا وقال أبو حنيفة والثوري عليه
الحد ولا صداق وهو قول ابن شبرمة وعمدة الشافعي أنه وجب عليه حقان حق لله
وحق للآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التي يجب بها عليه الغرم و
المال والقطع وأما من لم يوجب الصداق فيتعلقون بأن الأعلى يذهب الأدنى أعني
أنه إذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الخالق
وهذا على رأي الكوفيين أنه لا يجتمع على السارق غرم وقطع والمعنى الثالث أن الصداق
ليس مقابل القطع وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعيا وإذا كان ذلك كذلك فلا
صداق في النكاح الذي على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب
أسطوانة فبنى عليها بناء يساوي أضعاف قيمة الأسطوانة فقال مالك والشا
فعي يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته وقال أبو حنيفة
يفوت بالقيمة كقول مالك في غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي
لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة وهنا انقضى هذا الكتاب. بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب الاستحقاق وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق

وتحصيل اصول احكام هذا الكتاب ان الشيء المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء في
الشرع لمستحقها اذا كان الوجه الذي كان انسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشراء انه لا
يخلوا من ان يستحق من يده ذلك الشيء اقله او كله او جله ثم اذا استحق منه كله او جله
فلا يخلو ان يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة او نقصان او يكون لم يتغير ثم لا يخلوا
ايضا ان يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن او بمثمون فاما ان كان استحق منه اقله فانه
انما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له ان يرجع
بالجميع واما ان يستحق جله او كله فان كان لم يتغير اخذه المستحق ورجع المستحق
من يده على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه
بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته
رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال للمستحق قد بيع فللمستحق ان يمضي البيع
ويأخذ الثمن او يأخذه بعينه هذا حكم المستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق
وان تغير الشيء المستحق فلا يخلوا ان يتغير بزيادة او نقصان فاما ان كان تغيره
بزيادة فلا يخلوا ان يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء او بزيادة من
ذات الشيء فاما الزيادة من ذات الشيء فيأخذها المستحق مثل ان يسمن العبد
او الجارية واما من قبله فمثل ان يشتري الدار فيبني فيها فيستحق من يده فهو مخير
بين ان يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه او بين ان يدفع اليه المستحق
من يده قيمة ما استحق ويكونا شريكين بهذا بقدر ما استحق ويعطوا بقدر
قيمة ما بنا او غرس وهو قضاء عمر الخلفاء واما ان كانت الزيادة من زيادة
من قبل المستحق منه مثل ان يشتري امة فيولدها ثم تستحق منه او يتزو
جها على انها حرة فتخرج امة فانهم اتفقوا على ان المستحق ليس له ان يأخذ
اعيان الولد واختلفوا انه اخذ قيمتهم او [illegible] وقيل يأخذها بعينها وقيل
يأخذ قيمتها واما ان كان الولد ينكح ما استحقت بعبودية فلا خلاف

ان المشتري ان يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها واما ان كان ولد الولد بنكاح فيرجع الزوج
بالصداق على من غره واما الزنا فقيمة الولد يرجع بذلك على من غره لأن الغرر لم يتعلق
بالولد واما الغلة الشيء المستحق فإنه اذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا اختلاف ان الغلة
للمستحق منه وانجيء بالضمان انه يكون من خسارته انه اذا هلكت عنده واما ان كان غير
ضامن مثل ان يكون وارثا فيأتي على وارث اخر فيستحق بعض ما في يديه فإنه يرد
الغلة واما ان كان غير ضامن الا انه ادعى شيئا مثل ان يكون وارثا العبد يستحق بحرية فإنه
وان هلك عنده رجع بالثمن وقيمته فمن كان انه يحضر انه لم يجر على من يرجع واشا
مراي وفيها تجب الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل يوم ثبوت الحق و
قيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في احد هذه الاوقات الثلا
ثة فإنه ان كانت اصولا فيها ثمر فإنه ان ادرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعد فقيل انها
للمستحق ما لم تقطف وقيل ما لم تيبس وقيل ما لم تطب ويرجع عليه بما
سقى وعالج المستحق من يده وهذا ان كان اشتراها اصولا قبل ان تابر واما ان كان
اشتراها بعد ان تابر فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم وان جدت ويرجع بالسقي
والعلاج وقال اشهب هي للمستحق ما لم تجد وان كان انما استحقت الاصول انما
هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في اثنا زريعة الارض واما انه اخرج ما بان
وقد وجب كراء الارض للمستحق منه واما ان كان بعيب نقصان فإن كان من غير سبب
المستحق من يده فلا شيء على المستحق من يده واما ان كان اخذ له ثمنا مثل ان
يهدم الدار فيبيع بعضها ثم يستحقها من يده رجل فإنه يرجع عليه بثمن ما باع
من النقض قال القاضي ابو الوليد وقد اجزت في هذا الباب خلافا بحسب علمه
فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهي اصوله في هذا الباب ولا كرهي
على اصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعوض وكان العوض فقد ذهب
ان يرجع المستحق من يده بعوض مثلها لا بقيمته وهم الذين يرون في جميع
التلفات المثل وكذلك ... على اصول الغير ان يرجع على المشتري اذا استحق
منه قليل او كثير لانه لم يدخل على العلف ولا العقد عليه بيع ولا وقع به تراض

انقضى القول وبلغ التقصي بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وآله وسلم كتاب
الهبات والنظر في الهبة في أركانها وفي شروطها وفي أنواعها وفي أحكامها
ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة فنقول أما الأركان
فهي ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة أما الواهب فإنهم اتفقوا على أنه
تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك إذا كان في حال الصحة
وحال الإطلاق والرشد واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس أما المريض
فقال الجمهور إنها في ثلثه تشبيها بالوصية أعني الهبة التامة بشروطها
وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر إن هبته تخرج من رأس ماله
إذا مات ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور
حديث عمران بن حصين عن النبي عليه السلام في الذي أعتق ستة أعبد عند موته
فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأرق الباقي وعمدة أهل
الظاهر استصحاب الحال أعني حال الإجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز
هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل دليل من
كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والأمراض التي يحجر
فيها عند الجمهور هي الأمراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة
مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف
وأما الأمراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر وأما
السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير
ماضية وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه واتفقوا على أن للإنسان أن يهب
جميع ماله للأجنبي واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة
أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية
ذلك له ولكن إذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن أن يهب
بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع ماله
دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته

وان كان

وإن كان قد اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال إن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال إني نحلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارجعه وا
تفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضي بطلان
الهبة وفي بعض الروايات لهذا الحديث أنه قال عليه السلام هذا جور وعمدة
الجمهور أن الإجماع منعقد أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجنبي فولده
هو أحرى أن يحمل على الوجوب وما وجب عندهم مفهوم الحديث النهي عن أن يخص الرجل
بعض أولاده بجميع ماله وسبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس
للفظ النهي وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الأمر
الوجوب فمن ذهب إلى الجمع بين القياس والسماع حمل الحديث على الندب أو خصص
عمومه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه
يجوز تخصيص عموم السنة به وكذلك العمل وأيهما عن ظاهر هذا الخبر أن يعمل
بلفظ النهي في مفهوم الحكم الرجوع والكراهة وأما أهل الظاهر فلما لم يجز
عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث بتحريم التفضيل في الهبة وا
ختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع فقال مالك والشافعي وأحمد
وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض
في البيع وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح إلا مفردا كالرهن ولا خلاف في المذ
هب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصح بيعه
في الشرع من جهة الغرر وقال الشافعي ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز
بيعه لم تجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن وأما
الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون
ممن يصح قبوله وقبضه وأما الشروط فأشهرها القبض أعني العلماء اختلفوا
هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة

ان من شرط الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول
ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تانى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس
او مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام
في الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة
وهو عند الشافعي وابي حنيفة من شروط الصحة وقال احمد وابو ثور تصح
الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا لا شرط تمام ولا شرط صحة وهو
قول اهل الظاهر وقد روي عن احمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكيل
والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع وان الاصل في
العقود ان لا قبض مشترط فيها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض
وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروي عن ابي بكر رضي الله عنه في حديث
هبته لعائشة المتقدم وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة وما روى
مالك عن عمر ايضا انه قال ما بال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها
فان مات ابن احدهم قال مالي بيدي لم اعطه احدا وان مات هو قال هو لابني قد كنت اعطيته
اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطل وهو
قول علي قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف واما
مالك فانه رأى ان من جميع الامرين القياس وما روي عن الصحابة وجمع بينهما بان حمل
[illegible] عقد من العقود ثم لم يكن عنده شرط من شروط صحتها القبض ومن حيث
شرطت الصحابة فيها القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض من
شروط التمام ومن حق الموهوب وانه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض او
فلس على الواهب سقط حقه ومن مسائل هذا الباب ان الاب يحوز لابنه
الصغير الذي في ولايته وللكبير السفيه ما وهب له كما يحوز له ما وهبه

غيره

393

غيره وانه يكفي في الحيازة له الشهادة بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما
عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين وانما طريق ذلك عندهم ما رواه مالك عن
ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان عثمان بن عفان قال من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ
ان يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهي جائزة وان وليها ابوه وقال مالك والامر
به لابد من الحيازة في المسكون والملبوس فان كانت الدار التي يسكن فيها خرج منها
وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر العروض بمثل
قول الفقهاء اعني انه يكفي في ذلك اعلانه واشهاده واما الذهب والورق
واختلفت الرواية فيه عن مالك فروي عنه انه لا يجوز الا ان يخرجه عن يده
الى يد غيره وروي عنه انه يجوز اذا جعلها في ظرف او اناء وختم عليها بخاتم
واشهد على ذلك الشهود والاختلاف بين اصحاب مالك في ذلك كثير فهذه احكام
الباب واختلفوا في الرجوع فقال ابن القاسم لا يكون معه رجوع ورواه عن مالك وقال غيره
من اصحابه يكون به وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي الحق تمليك للثواب
والحجر عند ابن وهب الا ان تكون معه رجوع وله عنده تكون معه رجوع الباب **القول**
في انواع الهبات والهبة منها ما هي هبة عين ومنها ما هي هبة منفعة وهبة
العين منها ما يقصد به الثواب ومنها ما لا يقصد به الثواب فمنها ما يقصد به
وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف
في جوازها وانما اختلفوا في احكامها واما هبة الثواب فاختلفوا فيها
فاجازها مالك وابو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وابو ثور وسبب
الخلاف هل هو بيع مجهول الثمن او ليس بيعا فمن راها بيعا
مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز ومن لم ير انها بيع مجهول
قال تجوز وكان مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها
ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه
الهبة اذا اعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر
على ما سياتي بعد واذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد وانما هو
هو المشهور عن مالك فاما اذا الزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يجهل الثمن

الهبة على الثواب اذا اختلفوا في ذلك اذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير
للغني او لمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب واما هبات المنافع فمنها مؤجلة وهذه
تسمى عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب
وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف
العلماء فيها على ثلاثة اقوال احدها انها هبة مبتوتة اي انها هبة للرقبة
وبه قال الشافعي وابو حنيفة والثوري واحمد وجماعة والقول الثاني انه ليس
للمعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت الرقبة للمعمر او لورثته وبه قال مالك
واصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر او الى ورثته

ملكا ع

والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة للمعمر فاذا لم
يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر او لورثته وبه قال داود وابو
ثور وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل
للاثر اما الاثر ففي ذلك حديثان احدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك
عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فا
نها للذي يعطاها لا ترجع الى الذي اعطاها ابدا لانه اعطى عطاء وقعت فيه
المواريث والحديث الثاني حديث ابي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم يا معشر الانصار امسكوا عليكم اموالكم ولا تعمروها فمن اعمر شيئا
حياته فهو له حياته ومماته وقد روي عن جابر بلفظ آخر لا تعمروا ولا ترقبوا
فمن اعمر شيئا او ارقبه فهو لورثته فحديث ابي الزبير عن جابر مخالف للشرط
المعمر وحديث مالك عنه مخالف ايضا للشرط المعمر الا انه يحتمل انه اقل في المخالفة
وذلك انه ذكر العقب يوهم تسبيب العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال
بحديث ابي الزبير عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك واما من قال ان العمرى
تعود الى المعمر اذا لم يذكر العقب ولا تعود اذا ذكر فانه احتج بظاهر الحديث
واما حديث ابي الزبير عن جابر فيختلف فيه عنه في رواية ابي الزبير عن جابر واما
اذا اتى بلفظ الاسكان فقال اسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان

ان الاسكان

ان الاسكان عندهم او الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب وسوى مالك بين
الاسكان والتعمير وكذلك الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير
في انها لا تنصرف الى المسكن ابدا على قول الجمهور في العمرى والنحو الثاني ان الاسكان
والتعمير المفهوم منهما واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفا له
اذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه اهل الظاهر القول في الاعتصار ومن
مسائل هذا الباب المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها
فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج
الابن او لم يستحدث دينا وبالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير وان للام ايضا
ان تعتصر ما وهبته ان كان الاب حيا وقد روي عن مالك انها لا تعتصر وقال
احمد واهل الظاهر لا يجوز لاحد ان يعتصر ما وهبه وقال ابو حنيفة يجوز
لكل واحد ان يعتصر ما وهبه الا ما وهب لذي رحم محرمة واجمعوا على ان الهبة
التي يراد بها الصدقة اي وجه الله انه لا يجوز لاحد الرجوع فيها وسبب الخلاف
في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار اصلا احتج بعموم الحديث
الثابت وهو قوله عليه السلام العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن
استثنى الاب احتج بحديث طاوس انه قال عليه السلام لا يحل لواهب
ان يرجع في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وقال الشافعي لو اتصل
حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة
واما من اجاز الاعتصار الا لذي الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر
بن الخطاب رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة الرحم او على وجه
صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما اراد بها الثواب فهو
على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وايضا فان الاصل ان من وهب شيئا من غير
عوض انه لا يقضى عليه به كما لو وعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة
وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعدما حازها وانه يرثها
وفي مرسلات مالك ان رجلا من الانصار من الخزرج تصدق على ابويه بصدقة
فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه السلام فقال قد

اعطيته صدقة فلا ياخذها بميراثه وخرج ابو داود عن عبد الله بن عمرو عن ابيه
ان امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على ابني بوليدة
وانها ماتت وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب اجرك ورجعت اليك
بالميراث وقال قوم منهم اهل الظاهر لا يجوز لاحد ان يعتصر لاحد لعموم قوله عليه السلام
لعمر لا تشتره للفرس الذي تصدق به فان العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه
والحديث متفق على صحته والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع
بعث الشارع صلى الله عليه وسلم ليتمم محاسن الاخلاق كمل وبه تم هذا كلام في هبة
ابسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وآله وسلم كتاب الوصايا والنظر
فيها ينقسم اولا قسمين القسم الاول في الاركان والثاني في الاحكام ونحن
انما نتكلم من ذلك فيما وقع فيها من المسائل المشهورة القول في الاركان
والاركان اربعة الموصي والموصى له والموصى به والوصية اما الموصي فانهم اتفقوا
على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذي
يعقل القرب وقال ابو حنيفة لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي
القولان وكذلك الوصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم واما الموصى له
فانهم اتفقوا على ان الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه السلام لا وصية
لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين
مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحق
وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى للوالدين والاقربين بالمعروف والالف واللام تقتضي الحصر
واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو ان رجلا اعتق
ستة اعبد له عند موته لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انه لا
تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال
الجمهور يجوز وقال اهل الظاهر والمزني لا تجوز وسبب الخلاف هل المنع
لعلة الورثة او عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازها الورثة

لهو وصية

لهو وصية مما يوجد في ملكه غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر
واما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لا تجوز الوصية في اكثر من الثلث لمن ترك
ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث او
دونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لا تجوز في اكثر من الثلث لمن له وارث
لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن ابي وقاص فقال له يا رسول
الله قد بلغ مني الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي افاتصدق
بثلثي مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد بالشطر قال
لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك
اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا
الحديث الى ان الوصية لا تجوز باكثر من الثلث واختلفوا في المستحب
من ذلك فذهب قوم الى انه ما دون الثلث لقوله عليه السلام في هذا الحديث
الثلث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة اوصى ابو
بكر بالخمس واوصى عمر بالسدس والربع والخمس احب الي واما
من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا ما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة في اعمالكم
وهذا الحديث ضعيف عند اهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غض
في الوصية من الثلث الى الربع لكان احب الي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال الثلث والثلث كثير واما اختلافهم في جواز الوصية باكثر من الثلث
لمن لا وارث له فان مالكا قال لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعي واختلف
فيه قول احمد واجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود
وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التي علله بها الشرع ام
ليس بخاص وهو الا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه
السلام لان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون
الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع

هؤلاء العلماء ومن جعل الحكم عبادة وإن كان قد علل بعلة وجعل جميع المسلمين
في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية بالإطلاق بأكثر من الثلث. **القول**
في المعنى الذي يرجع عليه لفظ الوصية والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله
لرجل آخر بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم
يصرح وهذا العقد هو من العقود الجائزة باتفاق أعني أن للموصي أن
يرجع فيما أوصى به إلا المدبر على ما سيأتي في كتاب التدبير فإنهم
اختلفوا فيه وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصي
واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط أم لا فقال مالك قبول الموصى
له إياها شرط في صحة الوصية وروي عن الشافعي أنه ليس القبول
شرطها ومالك شبهها بالهبة. **القول في الأحكام** وهذه الأحكام
منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة
الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله
مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذي عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة
مخيرون بين أن يدفعوا إليه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث
من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور
وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت له بموت الموصي وقبوله
إياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ما وجب بغير طيب نفس منه
وتغيير الوصية وعمدة مالك أنه كان من حق الورثة فيما ادعوا حسب
ما رواه أبو عمر بن عبد البر في هذه المسألة وفي ذلك أنه قال إذا ادعى
الورثة ذلك كلفوا أن يثبتوا ما ادعوا فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى
له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة وإن كان
الثلث من ذلك فأقل جبروا على إخراجه وإذا لم يختلفوا في أن ذلك
الشيء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك أن الورثة مخيرون بين
أن يدفعوا إليه ما أوصى له أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في

ذلك الشيء بعينه وإما في جميع المال على اختلاف الروايات عن مالك في ذلك
وقال أبو حنيفة والشافعي له ثلث تلك العين ويكون بما فيه شريكا
للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي ما يخرج الثلث وسبب اختلافهم
أن الميت لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه كان للورثة حق
أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له عن الغاية ما يجوز للميت أن يخرج
عنهم من ماله أو يبطل التعيين ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو
الأولى إذ قلنا أن التعيين هو في التعيين لكونه أكثر من الثلث أعني الواجب
أن يسقط التعيين وأما أن يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يخلوا
عن جميع الثلث فهو حمل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه
زكاة فمات ولم يوص بها وإذا أوصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس
المال فقال مالك إذا لم يوص بها لم يلزم الورثة إخراجها وإذا أوصى
بها فعند مالك يلزم الورثة إخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند
الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها الشافعي بالدين لقول رسول
الله صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق أن يقضى وكذلك الكفارات
الواجبة والحج الواجب عنده وأما مالك فجعلها من جنس الوصايا
لتوصيته بإخراجها بعد الموت ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها
من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مالكا اتهمه
هنا على الورثة أعني في توصيته بإخراجها فلولا الواجب هذا لجاز للإنسان
أن يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى إذا دنا من الموت وصى بها وإذا زاحمت
الوصايا الزكاة قدمت عنده الزكاة على ما هو أضعف منها وقال أبو
حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يريد في المحاصة واتفق مالك وجميع
أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية
أنها تتحاص في الثلث وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم واختلفوا

واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم المشهورة
في هذا الباب إذا أوصى الرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه
ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بالسوية
وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في
القسمة إذا كان مشاعا فإن يقتسمون المال أخماسا ومن قال يبطل
الاعتبار به جملة قال يقتسمون الباقي على سواء
ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم
به ومال لا يعلم به فعند مالك أن الوصية تكون بما علم به دون ما لم يعلم
وعند الشافعي تكون في المالين وسبب الخلاف هل اسم المال
الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عند
مالك أن المدبر يكون في المالين إذ الذي يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب
فروع كثيرة كلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ولا خلاف
بينهم أن للرجل أن يوصي بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية
كالخلافة العظمى الكلية التي للإمام أن يوصي بها

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الباب فيمن يرث ومن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما
أو مع وارث دون وارث وإذا ورث مع غيره فكم يرث وهل يختلف
ذلك مع وارث وارث أو لا يختلف والتعليل في هذا ممكن على وجوه
قد سلكها الحذاق من أهل الفرائض والسبيل
كثير
في ذلك أن تذكر حكم جنس
الكلام فيه
جنس من أجناس الورثة إذا انفرد وذلك الجنس وحكمه مع سائر
الأجناس الباقية مثال ذلك أن تنظر في الولد إذا انفرد كم ميراثه
ثم تنظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين فأسباب الأجناس
الموارثة ثلاثة ذو نسب وأصهار وموال فأما ذوو النسب فمنها
متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فهي الفروع

أعني الأولاد والأصول أعني الآباء والأجداد ذكورا وإناثا وكذلك
الفروع المشاركة للميت في الأصل أعني الأولاد والأصول أعني الآباء
والأجداد ذكورا وإناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت في الأصل
الأخوة ذكورا وإناثا والمشاركة للأب الأدنى أو الأبعد في أصل واحد
وهم الأعمام وبنو الأعمام وذلك الذكور منهم خاصة فقط وهؤلاء
إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة أما الرجال فالابن
وابن الابن وإن سفل والأب والجد أب الأب وإن علا والأخ من أي جهة كان
أعني للأم والأب أو لأحدهما وابن الأخ وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل
والزوج ومولى النعمة وأما السبع من النساء فالابنة وابنة الابن وإن سفلت
والأم والجدة وإن علت والأخت والزوجة والمولاة وأما المختلف
فيهم فهم ذوو الأرحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا عصبة وهم بالجملة
بنو البنات وبنو الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام والعم
أخو الأب للأم فقط وبنو الإخوة للأم والعمات والخالات والأخوال
فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من
الصحابة أنه لا ميراث لهم وسائر الصحابة وفقهاء العراق الكوفة
البصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق إلى توريثهم والذين قالوا
بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى
توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم إلى التنزيل
وهو أن ينزل كل من أدلى منهم بذي سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذي به
وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها
كان الأصل أن لا يثبت فيها إلا بكتاب وسنة ثابتة أو إجماع وجميع
ذلك معدوم في هذه المسألة وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم
على ذلك من الكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى

واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسايلهم
المشهورة في هذا الباب اذا اوصى الرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه
ورد الورثة الزايد فمذهب مالك والفقهاء انهما يقتسمان الثلث بالسوية
وسبب الخلاف هل الزايد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في
القسمة اذا كان مشاعا فمن قال يقتسمون الثلث اخماسا ومن قال يسقط
الاعتبار به عمل على كل واحد معينا قال يقتسمون الباقي على السواء
ومن مسايلهم اللفظية في هذا الباب اذا اوصى بجزء من ماله وله مال يعلم
به وما لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون بما علم به دون ما لم يعلم
وعند الشافعي تكون في المالين وسبب الخلاف هل اسم المال
الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم او ما علم فقط والمشهور عند
مالك ان المدبر يكون في المالين اعني الذي يخرج من المال الذي علم وفي هذا الباب
فروع كثيرة فلتكن راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف
بينهم ان للرجل ان يوصي بعد موته باولاده وان هذه خلافة جايزة
في الخلافة العظمى الكلية التي للامام ان يوصي بها

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الباب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما
او مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وهل يختلف
حاله مع وارث وارث او لا يختلف والتفصيل في هذا يحتوي على وجوه
كثيرة قد سلكها اكثر اهل الفرائض والسبيل
الحاصر في ذلك ان تذكر حكم جنس
جنس من اجناس الورثة اذا انفرد وذلك الحكم وحكمه مع سائر
الاجناس الباقية مثال ذلك ان تنظر في الولد اذا انفرد كم ميراثه
ثم تنظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين وهذه الاجناس
الوارثة فيهم ثلاثة ذو نسب واصهار وولاء والنسب فمنها
متفق عليها ومنها مختلف فيها اما المتفق عليها فمن الذكور

اعني الاولاد والاصول اعني الاباء والاجداد ذكورا واناثا وكذا الكل
الذي وقع المشاركة للميت في الاصل اعني الاولاد والاصول اعني الاباء
والاجداد ذكورا واناثا وكذلك الكل الذي وقع المشاركة للميت في الاصل
الاخوة ذكورا واناثا والمشاركة لابيه اذا ذكر او الاعمام في اصل واحد
وهم الاعمام وبنو الاعمام وعد الكل المذكور من الرجال خمسة عشر والمولى
اذا فصلوا والكاينون من الرجال العشرة ومن النساء سبعة اما الرجال فالابن
وابن الابن وان سفل والاب والجد اب الاب وان علا والاخ من اي جهة كان
اعني للام والاب او لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل
والزوج ومولى النعمة واما السبع من النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت
والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة واما المختلف
فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا عصبة وهم بالجملة
بنو البنات وبنو الاخوات وبنات الاخوة وبنات الاعمام والعم
اخو الاب للام فقط وبنو الاخوة للام والعمات والخالات والاخوال
فذهب مالك والشافعي واكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من
الصحابة انه لا ميراث لهم وقال سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة
والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم والذين قالوا
بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم فذهب ابو حنيفة واصحابه الى
توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائرهم الى التنزيل
وهو ان ينزل كل واحد منهم منزلة من ادلى به من ذي سهم او عصبة
وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرايض لما كانت لا مجال للقياس فيها
كان الاصل ان لا يثبت فيها شيء الا بكتاب وسنة ثابتة او اجماع وجميع
ذلك معدوم في هذه المسالة واما الفرقة الثانية فعمدتهم ان ذلك الحكم
على ذلك من الكتاب والسنة والقياس اما الكتاب فقوله تعالى

واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض وقوله تعالى للرجال نصيب مما ترك
الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون واسم
القرابة ينطلق على ذوي الارحام ويرى المخالف ان هذه مخصوصة
بايات المواريث واما من السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذي عن عمر
بن الخطاب انه كتب الى ابي عبيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له واما من طريق
المعنى فان القوم من اصحاب ابي حنيفة قالوا ان ذوي الارحام اولى من المسلمين
لانه قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الشقيق على
الاخ للاب اعني من اجتمع له سببان اولى ممن له سبب واحد واما ابو زيد
ومتاخرو اصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية
التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد اصحاب الفروض والعصبات
لذوي الارحام وجب ان تكون لهم ولاية الوراثة ولتعصب اهل العراق
في هذه المقاييس فيها ضعف واذا قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر
جنس من اجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الاصول من

ميراث الصلب

المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها
واجمع المسلمون على ان ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكورا
واناثا معا هو ان للذكر مثل حظ الانثيين وان الابن الواحد اذا انفرد
فله جميع المال وان البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف
وان كن ثلاثا فما فوقها فلهن الثلثان واختلفوا في الاثنتين
فذهب الجمهور الى ان لهما الثلثين وروي عن ابن عباس انه
قال للبنتين النصف والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله
تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك هل حكم الاثنتين
المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة او الواحدة والاظهر من باب
دليل الخطاب انهما لاحقتان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور
عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روي عن ابن عقيل عن عبد الله

بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله وجابر ان النبي صلى الله عليه وسلم
اعطى البنتين الثلثين قال ابو عمر وعبد الله بن عقيل قد قبل
جماعة من اهل العلم حديثه وخالفهم اخرون وسبب الاتفاق في هذه
الجملة قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين
الى قوله وان كانت واحدة فلها النصف واجمعوا من هذا الباب على
ان بني البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون
ويحجبون كما يحجبون الا شيء روي عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون
الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع
الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس واجمعوا على انه ليس لبنات الابن
ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات الصلب الثلثين واختلفوا
اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في درجتهن او ابعد منهن فقال الجمهور
من فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقتسمون
المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال علي رضي الله عنه وزيد بن
ثابت من الصحابة وذهب ابو ثور وداود الى انه اذا استكمل البنات
الثلثين فالباقي لابن الابن كان في مرتبته واحدة مع الذكر او فوقه
او دونه وكان ابن مسعود يقول في هذا للذكر مثل حظ الانثيين الا ان
يكون الحاصل للنساء اكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة
الجمهور قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ
الانثيين وان ولد الولد ولد من طريق المعنى ايضا فلما كان الابن
يعصب من في درجته في جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل
من المال وعمدة داود وابي ثور حديث ابن عباس عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال اقسموا المال بين اهل الفرائض على
كتاب الله عز وجل فما ابقت الفرائض فلاولى رجل ذكر واحتج

ايضا بان بنت الابن لما لم ترث مع وجود من هو افضل عن الثلث كان احرى الا ترث
مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح واما ابو ابن
مسعود فبنى على اصله في بنات الابن لما كان لا يرى تشريكهن مع الابن
اكثر من السدس لم يعط لهن مع الغير اكثر ما وجب لهن مع الانفراد
وهي حجة بينة وحجة داود والجمهور على ان ذكر ولد الابن يعصبهن
كن في درجته او اسفل منهن وشذ بعض المتاخرين فقال لا يعصبهن
الا ان كن في مرتبته وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفي بنت
الصلب وبنت ابن او بنات ابن ليس معهن ذكر ان للبنات الابن
السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة في ذلك فقالت لا ترث
بنت الابن مع البنت شيئا كما في ابن الابن مع الاختلاف في بنات
الابن مع عصبة بني الابن ومع البنات فيما دون الثلثين
وفوق النصف بل تحصل ميراث اكثر مع بني الابن انه قيل
يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن قيل يرثن تعصيبا وقيل يرثن تعصيبا
الا ان يكون اكثر من السدس واذا قيل يرثن فلا يخلو اذ كان الابن
في درجتهن وقيل يحجب ما كان والمتحصل من انتهى عن ابن
الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن

ميراث الزوجات

واجماع العلماء على ان ميراث الرجل من امراته
اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذي الحال الولد او انثى الا ما حكي
عن مجاهد وانها ان تركت ولدا فله الربع وان ميراث المراة من
زوجها اذا لم يترك ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا او ولد
ابن فلها الثمن وانه ليس يحجبهما احد عن الميراث ولا ينقصهما
احد الا الولد وهذا الوارد النص في قوله تعالى ولكم نصف ما ترك
ازواجكم الاية

ميراث الاب والام

واجماع العلماء على ان الاب

399

اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الاب والام كان للام الثلث
وللاب الباقي لقوله تعالى فلامه الثلث واجمعوا على ان فرض الاب
من الميراث السدس اذا كان للابن ولد او ولد ابن السدس اعني لكل
واحد منهما السدس لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس
مما ترك ان كان له ولد والجمهور على ان الولد هو الذكر دون الانثى
وخالفهم في ذلك من شذ واجمعوا على ان الاب لا ينقص مع ذوي
الفرائض من السدس وله ما زاد واجمعوا من هذا الباب على
ان الام يحجبها الاخوة عن الثلث الى السدس لقوله تعالى فان كان
له اخوة فلامه السدس واختلفوا في اقل ما يحجب الام من الثلث
الى السدس من الاخوة فذهب علي رضي الله عنه وابن مسعود الى
ان الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب
ابن عباس الى انهم ثلاثة فصاعدا وان الاثنين لا تحجب الام عن
الثلث الى السدس وسبب الخلاف هل اقل ما ينطلق عليه اسم
الجمع ثلاثة او اثنان فمن قال اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الا
خوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال الاثنان فلا اقل ما ينطلق
عليه اسم الاخوة هما اثنان لقوله تعالى فان كان له اخوة
والاجماع على ان الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة في الاية
وذلك عند الجمهور وقال بعض المتاخرين لا تنقل الام من الثلث
الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق
عليهن اسم الاخوة الا ان يكون معهن اخ لموضع تغليب
المذكر على المونث اذ اسم الاخوة هو جمع اخ وللاخ ذكر
واختلفوا من هذا الباب في مسالة السدس الذي يحجب عنه الام
بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفي ابويه واخوة فقال

الجمهور في أن السدس للأب مع الأربعة الأسداس وروي عن ابن عباس أنه قال السدس للإخوة الذين حجبوا وللأب الثلثان لأنه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب إلا الإخوة مع الآباء وضعف هذه الإسناد في الأثر عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالغراوين وهي فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور في الأولى للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع من رأس المال وللأب ما بقي وهو النصف وهو قول زيد والمشهور من قول علي رضي الله عنه وقال ابن عباس في الأولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض وللأب ما بقي لأنه عاصب وقال أيضا في الثانية للزوج النصف وللأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى وللأب ما بقي وبه قال شريح القاضي وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب الباقي وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقي من المال كأنهما وارثان وإلا يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب وخارج عن الأصول وعمدة ابن عباس أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذوي الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه ابن عباس من طريق التعليل أظهر وأعني بالتعليل ها هنا أن يكون أحق بتعليل الإنسان أولى بالإيثار أعني الأب من الأم

ميراث الإخوة للأم

وأجمع العلماء على أن الإخوة للأم إذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكرا كان أو أنثى وأنهم إن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية الذكر مثل حظ الأنثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الآباء وجد الأب وإن علا والبنون ذكرانهم وإناثهم وبنو البنين وإن سفلوا ذكرانهم وإناثهم وهذا كله لقوله تعالى وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت الآية وذلك أن الإجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الإخوة للأم فقط وقد قرئ وله أخ أو أخت من أمه وكذلك أجمعوا فيما أحسب ها هنا على أن الكلالة فقد الأصناف الأربعة التي ذكرنا ها هنا من النسب أعني الآباء والأجداد والبنين وبني البنين

ميراث الإخوة للأب

وأجمع العلماء على أن الإخوة للأب والأم أو للأب فقط والأم أو للأب يرثون في الكلالة أيضا وأن الأخت إذا انفردت فلها النصف وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وأنهم إن كانوا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة الآية إلا أنهم اختلفوا في معنى الكلالة ههنا في أشياء واتفقوا منها في أشياء يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ومن الكل أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم ذكرانا كانوا أو إناثا لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الأب واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها أنهم اختلفوا في ميراث الإخوة للأب والأم مع البنت أو البنات فذهب الجمهور إلى أنهم عصبة يعطون ما فضل

عن البنات وحجب داود بن علي الظاهري وطايفة الى ان الاخت لا ترث مع
البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال اقضي في الابنة وابنة الابن والاخت للبنت النصف ولابنة
الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت واما من جهة النظر فلما
اجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الامر مع الاخوات وعمدة
الفريق الاول قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلم
يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد ههنا
على الذكر دون الاناث واجمع العلماء من هذا الباب ان الاخوة للاب والام يحجبون
الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بني الابناء مع بني الصلب قال
ابو عمر وقد روي في ذلك حديث حسن من رواية الآحاد العدول
عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان
بني الام يتوارثون دون بني العلات واجمع العلماء على ان الاخوات للاب
والام اذا استكملوا الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شيء كالحال
في بنات الصلب مع بنات الابن والادلة التي تقدمت في هذه المسألة هي تلك
الادلة باعيانها واجمعوا على ان الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة
للاب والام عند فقدهم كالحال في بني البنين مع البنين وانه اذا كان
معهن اخ عصبهن فيما بقي لهن من الفرض فيقتسمون الباقي للذكر مثل
حظ الانثيين كالحال في بني البنين الا في موضع واحد وهي التي تعرف بالـ
مشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وتركت
زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر
وعثمان وزيد بن ثابت يعطون الزوج النصف والام السدس
والاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب
والام بلا شيء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في الثلث

مع الاخوة للام يقسمونه بينهم للذكر مثل الانثى بالسوية وبه قال من فقهاء
الامصار مالك والشافعي والثوري وكان علي رضي الله عنه وابي بن كعب
وابو موسى الاشعري لا يشركون في الثلث في هذه الفريضة ولا يوجبون
لهم شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار ابو حنيفة وابن ابي ليلى واحمد وابو ثور وداود
وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام قد شاركوا الاخوة للام في الام
فوجب ان لا يحجبوا عنه وقيل لانهم اذا اشتركوا في النسب الذي يرثون به وجب ان يشتركوا
في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شيء
لهم اذا احاطت الفرائض بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجا واما
واخا واحدا لام واخوة شقائق عشرة او اكثر ان الاخ للام يستحق ههنا
السدس كاملا والسدس الباقي بين الباقين مع انهم مشاركون له في الام وسبب
الاختلاف في الاكثر مشابهة الفرائض وهو تعارض المقاييس والاشتراك
الالفاظ فيما فيه نص ميراث الجد واجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد
وانه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه عاصب مع ذوي الفروض واختلفوا
هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق او حجب الاخوة للاب
فذهب ابن عباس وابو بكر رضي الله عنهما وجماعة الى انه يحجبهم وبه
قال ابو حنيفة وابو ثور والمزني وابن سريج من اصحاب الشافعي وداود
وجماعة واتفق علي بن ابي طالب رضي الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود
على توريث الاخوة مع الجد الا انهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما نقوله بعد وعمدة
من جعل الجد بمنزلة الاب انه اب اعلى فيما في القرآن من قبل ان كان ابا للميت
ومثل ذلك فيما في كثير من الاحكام الى ان اجمعوا على انه مثله حتى انه قد روي
عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال الا يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن
ابنا ولا يجعل اب الاب ابا وقد اجمعوا على انه مثله في احكام اخر سوى الفرائض منها
ان شهادته لحفيده كشهادة الاب له وانه يعتق على حفيده كما يعتق
الاب على الابن وانه لا يقتص له من جده كما لا يقتص له من ابيه وعمدة من ورث
الاخ مع الجد ان الاخ اقرب للميت من الجد لان الجد ابو ابي الميت والاخ

ابناء الميت والابن اقرب من الاب وايضا مما اجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم
على العم وهو يدلي بالاب والعم يدلي بالجد وسبب الخلاف تعارض القياس
في هذا الباب فان قيل فان القياس يرجح بحسب النظر الشرعي قلنا
قياس من يساوي بين الاخ والجد فان الجد اب في المرتبة الثانية او الثالثة
كما ان ابن الابن ابن في المرتبة الثانية او الثالثة واذا لم يحجب الابن
الجد فهو يحجب الاخوة بل الجد يحجب او يحجب من يحجب الا ترى ان الاخ ليس
باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في الاصل والاصل احق بالشيء
من المشارك له في الاصل والجد ليس هو اصلا للميت من قبل الاب بل هو اصل
اصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذي هو اصل لاصله اولى
من الذي هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلي بالبنوة
والجد يدلي بالابوة فان الاخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن ابيه والجد اب
الميت والبنوة انما هي اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد
بعينه اعني الموروث واما البنوة التي تكون لاب الموروث فليس
يلزم ان يكون في حق الموروث اقوى من الابوة التي لاب الموروث لان
الابوة التي لاب الموروث هي ابوة ما للموروث اعني بعيدة وليس البنوة
التي لاب الموروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق
من الجد لان الاخ يدلي بالشيء الذي من قبله كان الميراث بالبنوة
وهو الاب والجد يدلي بالابوة فهو قول غالط مخيل لان الجد اب ما وليس
الاخ ابنا ما واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك
فتحصيل مذهب زيد في ذلك انه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة
من له فرض مسمى او لا يكون فان لم يكن معه ذو فرض اعطي الا
فضل له من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور
وسواء كان الاخوة ذكرانا او اناثا او الامرين جميعا فهو مع
الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين والثلاثة ومع
الاربعة ياخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسم
للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس اخوات له الثلث لانه افضل له

من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط واما ان كان معهم ذو فرض
فانه يبدا باهل الفروض فما بقي اعطي الافضل من ثلث ما بقي مما
بقي بعد حظوظ ذوي الفروض واما ان يكون بمنزلة واحد من الاخوة
ذكر واما ان يعطى السدس من راس المال لا ينقص من السدس ثم
ما بقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية على ما سنذكر
مذهبه فيها مع مذاهب سائر العلماء واما علي رضي الله عنه فكان يعطي
الجد الاحظ له من السدس او المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة
غيرهم من ذوي الفرائض او لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئا لانه
لما اجمعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيئا كان احرى ان لا ينقصه
الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجبه
عما وجب للام وهو الثلث وبقول [illegible] زيد قال مالك والشافعي
والثوري وجماعة وبقول علي رضي الله عنه قال ابو حنيفة
واما الفريضة التي تعرف بالاكدرية وهي امراة توفيت وتركت
زوجا واما واختا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها
فكان عمر وكان علي بن ابي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان
للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس
فريضة الا ان زيدا يجمع منهم الاخت والجد فيقسم ذلك بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعض اهل النظر ان هذا قول زيد
وضعه الجميع التشريك الذي قال به في هذه الفريضة زيد وبقول
زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها
وهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة
وفقهاء الامصار الا ابن عباس فروي عنه انه قال اول من اعال الفرائض
عمر بن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله واخر من اخر الله ما عالت
فريضة فقيل له وايها قدم الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز
وجل الا الى فريضة اخرى فهي ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت

بلغ

عن من هلك يترك لها الا ما بقي فهذا التحاجر الله فلا اول الزوج
والزوجة والام والمسالة مثل الاخوات والبنات فلا ولا اجمع
النصفان فلا نرى من فرض الله فان بقي شيء فلهما او الا فلا شيء
له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد
الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق اخوة الاب ان الاخوة
الشقائق يعادون الجد بالاخوات للاب فيمنعونه من كثرة
الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئا الا ان يكون الشقائق
اختا واحدة فانها تعاد الجد باخواتها للاب ما بينها
وبين ان تستكمل فريضتها وهو النصف فان كان فيها تجاز
لها وللاخوة للاب فضل عن نصف راس المال كله فهو لاخوتها
للاب بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شيء عن النصف
فلا ميراث لهم واما علي رضي الله عنه فكان لا يلتفت هنا
الاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم
شيئا ولان هذا الاعتلال [illegible] للاصول اعني ان يحتسب
بمن لا يرث واختلف الصحابة رضي الله عنهم من هذا الباب
في الفريضة التي تدعى الخرقاء وهي ام واخت وجد اختلفوا
فيها على خمسة اقوال فذهب ابو بكر رضي الله عنه وابن عباس
الى ان للام الثلث والباقي للجد ويحجب الاخت وهذا على رايهم
في اقامة الجد مقام الاب وذهب علي الى ان للاخت النصف وللام الثلث
وما بقي للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد
الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام
السدس وكان يقول معاذ الله ان افضل اما على جد وذهب زيد
الى ان للام الثلث وما بقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين
ميراث الجدات واجمعوا على ان للجدة ام الام السدس مع

عدم الام وان الجدة ام الاب لا ترث مع ابنها الاب السدس فان اجتمعتا كان السدس
بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد واهل المدينة الى ان الجدة
ام الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعتا الجدتان كان السدس بينهما
اذا كان قعددهما سواء او كانت ام الاب اقعد فان كانت ام الام اقعد
اي هي الى الميت اقرب كان لها السدس ولم يكن للجدة من قبل الاب شيء وفي قول
عنه ايهما اقعد كان لها السدس وبه قال علي رضي الله عنه ومن فقهاء
الامصار ابو حنيفة والثوري وابو ثور وهؤلاء لا يورثون الا هاتين
الجدتين المجمع على توريثهما وكان الاوزاعي واحمد يورثان ثلاث
جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب اعني الجد وكان ابن
مسعود يورث اربع جدات ام الام وام الاب وام ابي الاب اعني الجد وام
ام الاب اعني الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك
بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم يكن تحجبها ابنتها
او بنت بنتها وقد روي عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا
من جهة واحدة وروي عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن
ام وهو شاذ عند الجمهور ولكنه حظ من القياس فعمدة زيد
واهل المدينة والشافعي ومن قال بمذهب زيد ما رواه مالك انه قال
جاءت الجدة الى ابي بكر رضي الله عنه تسأله عن ميراثها فقال ابو بكر
ما لك في كتاب الله عز وجل وما علمت لك في سنة رسول الله شيئا
فارجعي حتى اسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة
حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس فقال ابو
بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة
فانفذه لها ابو بكر ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله
ميراثها فقال لها ما لك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضي
به الا لغيرك وما انا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس
فان اجتمعتما فيه فهو لكما وايتكما انفردت به فهو لها وروى مالك

ايضا انه اتت الجدتان الى ابي بكر فاراد ان يجعل السدس للتي من قبل الام
فقال له رجل اما انك تركت التي لو ماتت وهو حي كان يرثها فجعل
ابو بكر السدس بينهما قالوا فوجب الا يتعدى في ذلك هذه السنة
واجماع الصحابة واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة
عن منصور عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين
من قبل الاب وواحدة من قبل الام واما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيه
الجدة للاب لا لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل تحجب الجدة للاب ابنها
وهو الاب فذهب زيد الى انه يحجب وبه قال مالك والشافعي وابو حنيفة
وداود وقال اخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن مسعود
وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين واحمد وهو
قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان
محجوبا بالاب وجب ان تكون الجدة اولى بذلك وايضا فلما كانت ام الام
لا ترث بالاجماع مع الام شيئا كان كذلك ام الاب مع الاب وعمدة الفريق
الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال اول جدة اطعمها
رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا مع ابنها قالوا ومن طريق المعنى
لما كانت الام وام الام لا يحجبن بالذكور وكان ذلك حكم جميع الجدات
وينبغي ان تعلم ان الكلام لا يخالف زيد الا في بعضه واحدة وهي امرأة
هلكت وتركت زوجا واما واخوة لاب وام وجدا فقال مالك للزوج النصف
وللام السدس وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شيء
وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقي للاخوة
الشقائق فخالف مالك في هذه المسئلة اصله من ان الجد لا يحجب الاخوة
الشقائق ولا الاخوة للاب وحجته انه لما حجب الاخوة للام عن الثلث
الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو اولى به واما زيد فعلى
اصله انه لا يحجبهم

باب الحجب

واجمع العلماء على ان الاخ الشقيق
يحجب الاخ للاب وان الاخ للاب يحجب بني الاخ الشقيق وان بني
الاخ الشقيق يحجبون بني الاخ للاب وبنو الاخ للاب اولى من بني ابن
الاخ للاب والام وبنو ابن الاخ للاب اولى من العم اخ الاب وابن العم

اخو الاب الشقيق اولى من ابن العم اخ الاب للاب وكل واحد منهم لا يحجبون
بنيهم ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة
اما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من ادلى
بسببين اعني ام واب من ادلى بسبب واحد وهو الاب وكذلك
الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من يدلي بسببين
الى الميت من يدلي بسبب واحد اعني انه يحجب العم اخو الاب لاب وام
العم الذي هو اخ الاب فقط واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة
للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو المتوفى والاعمام بنو جده والابناء
يحجبون بنيهم والاباء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجد
يحجب من فوقه بالاجماع من الاجداد والاب يحجب الاخوة ويحجب من يحجبه
الاخوة والجد يحجب الاعمام بالاجماع والاخوة للام ويحجب بني الاخوة
الشقائق وبني الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف
العلماء فيمن ترك ابني عم احدهما اخ لام فقال مالك والشافعي وابو حنيفة
والثوري للاخ للام السدس من جهة ما هو اخ لام وهو في باقي المال مع ابن
العم الاخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول علي ابن ابي طالب
وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذي هو اخ للام ياخذ سدسه
بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد ادلى بسببين وممن قال بهذا القول
من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وابو ثور والطبري وهو قول
الحسن وعطاء واختلف العلماء في رد ما بقي من مال الورثة على ذوي الفرائض
اذا بقيت من المال فضلة لم يستوعبها ذوو الفرائض ولم يكن هنالك من يعصب فكان
زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعي وقال
الصحابة بالرد على ذوي الفرائض ما عدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا
في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق ومن الكوفيين والبصريين واجمع
هؤلاء الفقهاء على ان الرد يكون لهم بقدر سهامهم من كان له نصف اخذ
النصف مما بقي وهكذا [illegible] وعمدتهم ان قرابة الدين والنسب

اولى من قرابة الذين يقولون انه لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين اهل العلم فيما يتعلق باسباب المواريث يجب ان نذكرها هنا فمنها انه اجمع المسلمون على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولما ثبت من قوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى انه لا يرث المسلم الكافر لهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة والتابعين وفقهاء وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة الى ان المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا ان ننكح نساءهم ولا يجوز لهم ان ينكحوا نساءنا كذلك الارث ورووا في ذلك حديثا مسندا قال ابو عمر وليس بالقوي عند الجمهور وشبهوه ايضا بالقصاص في الدماء التي لا تتكافؤ واما مال المرتد اذا قتل او مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا ترثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة وقال ابو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة رضي الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو ان قرابته اولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما اكدوا ما يتعلق بماله من حكم الاسلام بدليل انه لا يوخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي وغيره يوخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في ايام الردة والطائفة الاخرى تقول موقوف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استحقاق المسلمين لماله على طريق الارث ولهذا تطابقه

فقالت ماله للمسلمين عمدتها ابن زيد والعراقيين اشهب ممن يقول بقول مالك واجمعوا على توريث اهل الملة الواحدة بعضهم بعضا واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان اهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال احمد وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابو ثور وداود وجمهور الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن ابي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثا اليهود والنصارى والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة وقد روي عن ابن ابي ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه الثقات عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث اهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الحملاء والحملاء هم الذين يتحملون باولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام اعني انهم يولدون في الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسبة وفي ذلك ثلاثة اقوال احدها انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لا يتوارثون اصلا ورووا عن عمر الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لا يورث الاعاجم الا من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز واما مالك واصحابه فاختلف في ذلك قولهم فمنهم من راى ان لا يورثوا وهو قول ابن القاسم ومنهم من راى ان لا يورثوا الا بالبينة العادلة وممن قال به من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في اهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه انهم يتوارثون بلا بينة لان مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض فلا ... اذا اسلموا فلا يقبل قولهم وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي واحمد

وابو ثور وداود انهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم ولاء
قبلت دعواهم في انسابهم وان استرقوا ادركهم السبي والرق فلا تقبل دعواهم
الا ببينة ففي المسألة اربعة اقوال اثنان ذكرناهما واثنان مبني فان
وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة علي وزيد وعمر ان
من لا يرث لا يحجب مثل الكافر اعني اقوال الاسير والمملوك والقاتل
عمدا وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون ان يورثهم اعني
باهل الكتاب وبالمملوكين وبالقاتلين عمدا وبه قال داود وابو
ثور وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وانهما متلازمان
وعمدة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت واختلف
العلماء في الذين يفقدون في حرب او غرق او هدم ولا يدرى
من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا اهل ميراث
فذهب مالك واهل المدينة الى انهم لا يورث بعضهم من بعض وان
ميراثهم جميعا لمن بقي من قرابتهم الوارثين او لبيت المال ان لم
تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وابو حنيفة واصحابه فيما حكى
الطحاوي وهو مذهب علي وعمر رضي الله عنهما واهل الكوفة وابو
حنيفة فيما حكى غير الطحاوي عنه وجمهور البصريين الى انهم يتوارثون
وصفة توريثهم عندهم ان هؤلاء يرثون كل واحد من صاحبه في اصل ماله
دون ما ورث بعضهم من بعض اعني انه لا يضم الى مال الموروث ما ورث من
غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت
بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب او غرق او هدم
ولكل واحد منهما الف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث
المرأة من الالف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها
ربعها وذلك مائتان وخمسون **ومن مسائل** هذا الباب
اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب جمهور اهل
المدينة وزيد بن ثابت الى ان ولد الملاعنة يورث كما يورث غيره

ولد الملاعنة وانه ليس لامه الا الثلث والباقي لبيت المال الا ان يكون له اخوة
لام فيكون لهم السدس او تكون امه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والا
فالباقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي وابو حنيفة وا
صحابه الا ان ابا حنيفة على مذهبه يجعل ذوي الارحام اولى من جماعة
المسلمين وعلى قياس ايضا من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب
عمر وابن مسعود على ان عصبته عصبة امه اعني الذين يرثونها
وروي عن علي وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة
امه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن
وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول قوله
تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فقالوا هذه ام
وكل ام لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روي
من حديث ابن عمر عن النبي عليه السلام وانه الحق ولد الملاعنة بامه
وحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال جعل النبي صلى الله
عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثتها وحديث واثلة بن
الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تحوز ثلاثة مواريث عتيقها
ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله
عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك ابو داود وغيره فلهذه
الاثار واجب المصير اليها لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور
على ان السنة تخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه
الاحاديث او لم تصح عندهم وهذا القول مروي عن ابن عباس وعثمان وهو
مشهور في الصدر الاول واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الاثار
فان مثل هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم ومن مسائلهم ثبوت النسب
الموجب للميراث اختلفوا فيمن ترك ابنين واقر احدهما باخ ثالث وانكر الثاني
فقال مالك وابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه حقه من الميراث يعنون
المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب
ولا يجب على المقر ان يعطيه من الميراث شيئا واختلف مالك وابو حنيفة

في القول الذي يجب على الأخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب
عليه لو أقر الأخ الثاني وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه
نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمن ترك
ابنا واحدا فأقر بأخ له أعني أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث
وأما الشافعي فعنده في هذه المسألة قولان أحدهما لا يثبت النسب
ولا يجب الميراث والثاني يثبت النسب ويجب
الميراث وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الخلافية
وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب بإقراره وإن كان واحدا
أخا أو غير ذلك وعمدة الشافعية في المسألة الأولى في أحد
قوليه في هذه المسألة أعني القول الغير مشهور أن النسب
لا يثبت إلا بشاهدي عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لأن النسب
أصل والميراث فرع وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع وعمدة
مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد إلى الغير المنكر
فلا يثبت عليه إلا بشاهدي عدل وأما حظه من الميراث الذي بيده
المقر فلا [illegible] فيه عامل لأنه حق أقر به على نفسه والحق
القضاء عليه لا يصح من الحاج إلا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز
له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريكه
في الميراث حظه منه وأما عمدة الشافعية في إثباتهم
النسب بإقرار الواحد الذي يحوز الميراث فالسماع والقياس
أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة
المتفق على صحته قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه
سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك فلما
كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخي قد كان عهد إلي
فيه فقام إليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي

ولد

ولد على فراشه فقال صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه
وأثبت نسبه بإقراره لأنه لم يكن هناك وارث منازع له وأما أكثر
الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن
الأصل المجمع عليه في إثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات
وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به وإلا
فإنه لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل ولذلك تأول الناس
في ذلك تأويلات فقالت طائفة إنه إنما أثبت نسبه عليه
السلام بقول أخيه لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كانت
يطؤها زمعة بن قيس وأنها كانت من الفراش له قالوا ومما
يؤكد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته
عليه السلام فيمكن أن لا يخفى عليه أمره وهذا القول على أن القاضي
له أن يقضي بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك لأنه لا يقضي
القاضي عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعي على قوله الآخر
أعني الذي لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا
إنما أمر سودة بالحجبة منه احتياطا لما الشبهة المشتبهة لا أن
ذلك كان واجبا وقال آخرون قال بعض الشافعية أن للزوج أن
يحجب الأخت عن أخيها وقالت طائفة أمره بالاحتجاب
لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه
بالفراش واعترف هؤلاء في تأويل قوله عليه السلام هو لك فقالت
طائفة إنما أراد هو عبدك إذا كان ابن أمة أبيك وهذا غير مخالف
لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد
للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي إنما أراد بقوله
عليه السلام هو لك يا عبد بن زمعة أي يدك عليه بمنزلة ما هي
يد الملتقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله

عليه السلام حكمه بان الولد للفراش وللعاهر الحجر واما المعنى الذي اعتمده
الشافعي فيه هو ان المعنى فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلا
فة اي اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا
اقرار خلافة يريد ان الاقرار الذي كان للميت انتقل الى هذا الذي حاز
خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريد
ان الاقرار الذي كان للميت انتقل الى هذا الذي حاز ميراثه واتفق
الجمهور على ان اولاد الزنى لا يلحقون بآبائهم الا في الجاهلية على
ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة وشذ
قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الاسلام اعني الذي كان عن زنى
في الاسلام واتفقوا على ان الولد لا يلحق بالفراش في اقل من ستة
اشهر اما من وقت العقد واما من وقت الدخول وانه يلحق من وقت
الدخول الى اقصى زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا
في اطول زمان الحمل الذي يلحق فيه بالولد الوالد فقال مالك خمس
سنين وقال بعض اصحابه سبع وقال الشافعي اربع سنين وقال
الكوفيون سنتين وقال محمد بن عبد الحكم سنة وقال داود ستة
اشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول
ابن عبد الحكم والظاهري هو اقرب الى المعتاد والحكم انما يجب
ان يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب
مالك والشافعي الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها او دخل بها
بعد الوقت واتت بولد لستة اشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول
انه لا يلحق به الا اذا اتت به لستة اشهر فاكثر من ذلك من وقت
الدخول وقال ابو حنيفة هو فراش ويلحقه الولد وعمدة مالك
انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة

ابي حنيفة قوله عليه السلام الولد للفراش وكأنه يرى ان هذا تعبد بمنزلة
تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال
واختلفوا من هذا الباب في اثبات النسب بالقافة وذلك عند ما
يطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين او بنكاح ويتصور الحكم ايضا
بالقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب
هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه اشخاص الناس فقال
بالقافة من فقهاء الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والا
وزاعي وابى الحكم بالقافة من الكوفيين واكثر اهل العراق والحكم عند
هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن
لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطا او كانت المرأة الواحدة لكل واحد
منهما فراشا مثل الامة والحرة يطأها رجلان في طهر واحد عنه
الجمهور من القائلين بهذا القول انما يجوزون ان يكون عندهم للابن
الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب ابي حنيفة يجوز ان يكون
ابنا للثلاثة وان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول
وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار
ان عمر بن الخطاب كان يليط اولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام
فاتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفا ينظر اليه
فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني
خبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتيني في ابل لاهلها فلا يفارقها
حتى يظن وتظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دما
ثم خلف هذا عليها تعني الآخر فلا ادري ايهما هو فكبر القائف
فقال عمر للغلام وال ايهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة
بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك
اذا قضت القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقال له وال ايهما
شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال ابو ثور يكون

ابنه لهما اذا زعم القايف انهما اشتركا فيه وعمدة مالك انه ليس يكون ابنا
لاثنين لقوله تعالى يا ايها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى واحتج القايلون بالقافة
ايضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عايشة قالت دخل رسول الله صلى الله
عليه وسلم مسرورا تبرق اسارير وجهه فقال الم تسمعي ما قال مجزز المدلجي
لزيد واسامة وراى اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهو
مروي عن ابن عباس وعن انس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة واما الكوفيون
في الولد لا حكم لاحد القافة وعمدتهم في الولد الا ان يكون هنا الكم والاشبه لقوله عليه
السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش واشتركا في الفراش كان الكتبي لهما
وكانهم راوا ان الكل بنوة شرعية لا طبيعية فانه يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون
ابن واحد من ابوين بالعقل لا يجوز وقوعه في الشرع وروي مثل قولهم
عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي لا يقبل في القافة الا رجلان
وعن مالك في ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل
قول قايف واحد والمشهور عن مالك انه يقضي بها في ملك اليمين
قول قايف واحد وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال ابو عمر بن
وفيها لا في النكاح وفي هذا الباب حديث حسن مسند اخذ به جماعة من اهل
عبد البر في هذا الباب ورواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن
الحديث واهل الظاهر ورواه ... فاتي بامراة وطيها ثلاث اناس في طهر
زيد بن ارقم قال كان علي باليمن فسال كل واحد منهم ان يقر لصاحبه بالولد فابى فاقرع بينهم وقضى بالولد
للذي اصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك الى النبي
صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى بدت نواجذه فقالوا وفي هذا بعض الحكم
بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على اربعة اقوال
فقال قوم لا يرث القاتل اصلا من قتله وقال اخرون وهم الاقل يرث القاتل وهو
قول فرق بين الخطا والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطا الا من الدية وهو
قول مالك واصحابه وفرق قوم بين ان يكون في العمد قتلا بامر واجب مثل ان يكون
من له اقامة الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يتهم او ممن لا يتهم وسبب
الخلاف معارضة اصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي وذلك ان النظر المصلحي
يقتضي الا يورث لئلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر

والتعصب

والتعصب يوجب ان لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه
الشارع وما كان ربك نسيا تحت قول الظاهرية واختلفوا في الوارث
الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث
وكذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر
في ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه
ليس بمسلم لم يرثه اصلا سواء اسلم قبل قسم الميراث او بعده وكذلك
ان كان مورثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات مورثه غير مسلم
ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم او بعده وقالت طايفة منهم
الحسن وقتادة وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروي ذلك
عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم ايما
دار او ارض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وايما دار او ارض
ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام فمن اعتبر
وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر
موجب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم ما تقدم قبل الاسلام
وروي من حديث عطاء ان رجلا اسلم على ميراث على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم قبل ان يقسم فاعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه
وكذلك الحكم عندهم فيمن اعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه
هي المسايل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب ولما كان الميراث
انما يكون باحد ثلاثة اسباب اما بنسب او صهر او ولاء وكان قد
تقدم الذي يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكر هاهنا الولاء
ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب واحكامه باب في
الولاء فاما من يجب له الولاء ففيه مسايل مشهورة تجري
مجرى الاصول لهذا الباب المسالة الاولى اجمع المسلمون
على ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث

وانه عصبة له اذا كان هذا لم يكن له ورثة لا يحيطون بالمال فاما كون الولاء للمعتق
عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة انما الولاء لمن
اعتق واختلفوا اذا اعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي
باشر العتق وقال ابو حنيفة والشافعي ان اعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء
للمعتق عنه وان اعتقه من غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة الحنفية
والشافعية ظاهر قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وقوله صلى الله عليه
لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز ان يلتحق نسب بالحر بغير اذنه فكذلك
الولاء لمن اعتق وقوله صلى الله عليه وسلم ومن حض على العتق فلان عتقه حرية
وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له الا ان اذن له ان يعتقه عن نفسه
وعمدة مالك انه اذا اعتقه عنه فقد ملكه اياه فانه الوكيل ولذلك
اتفقوا على انه اذا اذن له المعتق عنه كان له ولاؤه للمباشر وعند مالك
انه من قال لعبده انت حر لوجه الله وللمسلمين ان الولاء لا يكون للمسلمين
وعندهم يكون للمعتق المسئلة الثانية اختلف العلماء فيمن اسلم
على يد رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود
وجماعة لا ولاء له وقال ابو حنيفة واصحابه له ولاؤه اذا والاه وله ان
يتحول عنه الى ان يوالي رجلا اخر فيرثه ويعقل عنه وان له ان يتحول
من ولايته الى ولاء غيره ما لم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه
يكون له ولاؤه وعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم انما
الولاء لمن اعتق وانما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك
الالف واللام عندهم للحصر ومعنى الحصر هو ان يكون الحكم خاصا
بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره اعني الا يكون ولاء بحسب
مفهوم هذا القول الا للعتق فقط المباشرة وعمدة الحنفية في اثبات
الولاء بالموالاة قوله تعالى ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والا
قربون وقوله والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم

وحجة من قال الولاء لا يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الداري
قال سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدي
مسلم فقال هو احق الناس واولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر
بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول ان قوله تعالى والذين عاقدت
ايمانكم منسوخة باية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام واجمعوا
على انه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه السلام عن
ذلك الا ولاء السائبة المسئلة الثالثة اختلف العلماء
اذا قال السيد لعبده انت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله
للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا ان يريد به معنى
العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وابو حنيفة ولاؤه
للمعتق على كل حال وبه قال احمد وداود وابو ثور وقالت طائفة
له ان يجعل ولاءه حيث شاء فان لم يوال احدا كان ولاؤه للمسلمين
وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم والشعبي يقولان
لا باس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هولاء الحجج المتقدمة
في المسئلة التي قبلها واما من اجاز بيعه فلا اعرف له حجة في هذا الوقت
المسئلة الرابعة اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه
النصراني قبل ان يباع عليه لمن يكون فقال مالك واصحابه ولاؤه
للمسلمين فان اسلم سيده بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه
وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان اسلم كان له ميراثه وعمدة
الجمهور ان الولاء كالنسب وانه اذا اسلم الاب بعد اسلام الابن انه
يرثه اما عمدة مالك فعموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق
لم يجب فيما بعد واما اذا وجب له يوم العتق ثم طرا مانع
من وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع انه يعود

الولاء. ولذلك اتفقوا انه اذا اعتق النصراني الذمي عبده النصراني
قبل ان يسلم احدهما ثم اسلم العبد ان الولاء من تعجل فان اسلم
المولى عاد اليه وان كان اختلفوا في الحربي يعتق عبده وهو على
دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال
ابو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد ان يوالي من شاء على مذهبه
في الولاء والتحالف وخالف اشهب مالكا فقال ان اسلم العبد
قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه وقال ابن القاسم يعود وهو
معنى قول مالك لان الحكم يعتبر وقت العتق وهذه المسائل
كلها يعسر وضعها لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى ان يسترق
بعضهم بعضا ولا احسب من اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون
انه من ملتهم. المسألة الخامسة اجمع جمهور العلماء
على ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه
بانفسهن او ما جره اليهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب
مثل معتق معتقهن وانهن لا يرثن معتق من يرثنه الا ما حكي عن
شريح وعمدته انه لما كان لهن ولاء ما اعتقن بانفسهن كان لهن
ولاء ما اعتقه موروثهن قياسا على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه
بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذي يوهنه الشذوذ
وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت للمعتق وهذه
النعمة انما توجد فيمن باشر العتق وكان من سبب قوي من
اسبابه وهم العصبة واذا افترق من له ولاء فمن ليس له فبقي النظر
في ترتيب اهل الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسألة
التي يعرفونها بالولاء للكبر مثاله ان الرجل اعتق عبدا ثم مات
ذلك الرجل وترك اخوين او ابنين ثم مات احد الاخوين وترك
ابنا او احد الابنين فقال الجمهور في هذه المسألة ان حظ الاخ الميت
من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به

من ابنه

من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا
بالقرب من المباشر للعتق وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وابن
مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من اهل البصرة
حق الاخ الميت في هذه المسألة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث
وعمدة الفريق الاول ان الولاء نسب ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب
المسألة التي تعرف بجر الولاء وصورتها ان يكون عبد له بنون من امة فاعتقت
الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين
اذا اعتق الاب وذلك انهم اتفقوا على ان ولاء الابن بعد عتق الام اذا لم يمس
المولود الرق في بطن امه وذلك يكون اذا تزوج العبد بعد العتق
وقبل عتق الاب هو لموالي الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر ولاء بنيه
لمواليه ام لا فقال الجمهور يجره وبه قال علي وابن مسعود والزبير وعثمان وقال عطاء
وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يجر ولاءه وروي عن عمر وقضى به
عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان
كان قد روي عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب
والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني ان البنين لما كانوا في الحرية
تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب
مالك ان الجد يجر ولاء حفدته اذا كان ابوهم عبدا الا ان يعتق الاب
وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا في ذلك
على ان ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب ولاء
فلا جر الا يكون للجد وعمدة الفريق الثاني ان عمودية الاب
هي عمودية فوجب ان ينتقل الولاء الى الاب ولا خلاف بين من يقول
بان الولاء للعصبة فيما اعلم ان الابناء احق من الاباء وانه لا ينتقل

الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة
عندهم اقوى تعصيبا من الابوة والابن اقوى تعصيبا وليس يورث
بالولاء جهة فرض وانما يورث تعصيبا فاذا مات المولى الاعلى
كل من للمولى الاعلى عليه ولاء ذهب الى بناته وبني بنيه
وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي اذا ماتت امرأة ولها
ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها
لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن ابي
طالب وقال قوم لابنائها وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء
الامصار

كتاب العتق

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح
عتقه وفيمن لا يصح ومن يلزمه اعني بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان
به وفي احكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فانما نذكر من هذه
الابواب ما فيها من المسائل المشهورة التي تتعلق بها اكثر ذلك
بالمسموع فاما من يصح عتقه فانهم اجمعوا على انه يصح عتق
المالك التام الملك الرشيد الصحيح الجسم الغير عديم واختلفوا
في عتق من احاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه فاما من احاط
الدين بماله فان العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال اكثر اهل
المدينة مالك وغيره لا يجوز وبه قال الاوزاعي والليث وقال
فقهاء الامصار العراق والحجاز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك
عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياسا
على ما روي عنه في المذهب انه يجوز ان احاط الدين بمال الراهن
ما لم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله في تلك الحال
مستغرق للغرماء فليس له ان يخرج منه شيئا بغير عوض وهي

العلة

412

العلة التي بها يحجر الحاكم والاحكام يجب ان توجد مع وجود عللها
وتحجير الحاكم ليس علة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة
فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثاني انه قد انعقد الاجماع
على ان له ان يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئا مما انفقه من ماله
على نفسه وعياله حتى يحجر عليه الحاكم على تدبير فوجب ان يكون حكم
تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند
الجميع انه لا يجوز ان يعتق غير المحتمل ما لم يكن وصية منه وكذلك
الجمهور وما يجوز عند العلماء عتقه شيء من الثلث الا الكل والحنفي
اصحابه فانهم اجازوا عتقه لا ولده واما المريض فالجمهور على ان
عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل
عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة
اعبد الحديث على ما تقدم واما من يدخل العتق عليه طوعا فهم ثلاثة من بعض
العتق فانه يعتق فيسرى احدهما من وقع بعض العتق منه وليس له
من العبد الا الجزء المعتق والثاني ان يكون يملك العبد كله ولا بعض
عتقه اختيارا منه فاما العبد بين الرجلين يعتق احدهما حظه منه فان
العلماء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي واحمد بن حنبل
ان كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل ودفع ذلك
الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق [illegible] عليه
معسرا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا واحكامه احكام العبد
وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معسرا سعى العبد في قيمته للذي لم يعتق
حظه منه وهو حر يوم اعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للاول وبه
قال الاوزاعي وابن شبرمة وابن ابي ليلى وجماعة الكوفيين الا ابن شبرمة وابن
ابي ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى ايسر وقال ابو
حنيفة للشريك الموسر ثلاث خيارات احدها ان يعتق حظه كما اعتق شريكه
ويكون الولاء بينهما وهذا الاختلاف فيه بينهم والخيار الثاني ان يقوم

عليه حصته والثالث أن يكلف العبد السعي في ذلك إن شاء وبقول الأول الأقسام
بينهما للسيد عتيقه المعتق أو قوم عليه لشريكه قيمته أو يرجع على
العبد فيستسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعي
حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له
في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم
وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبي يوسف
صاحبي أبي حنيفة ومن قال بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال من أعتق شقصا له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم
يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه
أهل الصحاح البخاري ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح
حديثه فمما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك
في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة وهو قوله وإلا فقد عتق
منه ما عتق هل هو من قول النبي عليه السلام أم من قول نافع وأن
في ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث
أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة على قتادة في ذكر السعاية
وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك أنه إنما ألزم السيد
التقويم إذا كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل
ضررا فليس يلزمه شيء وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحق
ما شرعي لا يجوز تبعيضه فإذا كان الشريك المعتق موسرا أعتق الكل
عليه وإذا كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر
الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهي
وقالوا لما كان العتق يوجد في الشرع نوعان نوع يقع بالاختيار
وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير
اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه

وجب

وجب أن يكون العتق بالسعي كذلك والذي بالاختيار منه هو الكتابة
والأمهات والذي بغير اختيار هو السعي واختلف مالك والشافعي
في أحد قوليهما إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه
بما عليه بالحكم هو السعي واختلف مالك والشافعي أو بالسراية أعني
أنه يسري وجوب عتقه بعتق بعض العتق فقال الشافعي يعتق بالسراية
وقال المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية
لسرى مع العدم واحتجت الشافعية بأنه لازم عن مفهوم قوله عليه
السلام قوم عليه قيمة العدل فقالوا إنما يجب تقويمه فإنما يجب
بعد أن تلافه فإذا بعض العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه
تقويمه في وقت الإتلاف وإن لم يحكم عليه بالإخراج وهذا أيضا
قول أبي حنيفة في هذه المسألة حكاه عنه أهل الظاهر الحريشي وفي
ذلك فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك
في بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له في عبد أن العتق باطل
وهذا كله خلاف الأحاديث ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث وا
خلف قوله إن الحكم فيما إذا كان معسرا فإن الحكم عليه بالتقويم
سقاطه التقويم حتى أيكم فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق العلماء
الآثار على أن من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد أنه يعتق
عليه الباقي إن كان موسرا إلا أنه إذا ملكه بوجه لا اختيار فيه وهو
أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق
وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا إذا ملك السيد جميع
العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي
والثوري والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف
يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق عليه
ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحماد

استدلال الجمهور انه لما نهيه في اعتاق نصيب الغير لحرمة العتق كان
احرى ان يجب عليه ذلك في ملكه وعمدة ابي حنيفة ان سبب وجوب
العتق على المعتق العتق للشريك هو الضرر الداخل على شريكه
اذا كان كله ملكه فليس هنا لك ضرر فسبب الاختلاف من فهم
المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق اعني انه لا يقع فيه تبعيض
او مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل ابن امية
عن ابيه عن جده انه اعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه
وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي وابو داود عن ابي
المليح عن ابيه ان رجلا من هذيل اعتق شقصا من مملوك فتمم النبي
صلى الله عليه وسلم عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص
على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت علتهم اولى لان العلة
المنصوص عليها اولى من المستنبطة فسبب اختلافهم تعارض
الاثار في هذا الباب وتعارض القياس واما الاعتاق الذي يكون
بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي
من مثل بعبده اعتق عليه وقال الشافعي وابو حنيفة لا يعتق عليه
وشذ الاوزاعي فقال من مثل بعبد غيره اعتق عليه والجمهور على
انه يضمن ما نقص من قيمة العبد فعمدة مالك ومن قال بقوله اعني
حديث عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له
مع جارية فقطع ذكره وجدع انفه فاتى النبي صلى الله عليه وسلم
فذكر ذلك له فقال له ما حملك على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا
فقال عليه السلام اذهب فانت حر وعمدة الفريق الثاني قوله
صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر من لطم مملوكه او ضربه فكفارته
عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه ومن
طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكون الحكم على عتق

عبده

عبده الا ما خصصه الدليل واحاديث عمرو ابن شعيب مختلف في
صحتها فليس تبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذا الاصل عندي الا
ما خصصه الدليل واحاديث واما هل يعتق على الانسان من القرابة احد
ومن يعتق ومن لا يعتق فانهم اختلفوا ايضا في ذلك فجمهور العلماء على
انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود واصحابه فانهم لم يروا ان يعتق
احد على احد من قبل قرابة والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق
ممن لا يعتق بعد اجماعهم على انه يعتق على الرجل ابوه وولده فقال مالك
يعتق على الرجل ثلاثة احدها اصوله وهم الاباء والاجداد والجدات
والامهات وابائهم وامهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة
والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا وسواء ولد
القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لاب وام او لاب فقط او لام فقط
واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق ابن
الاخوة واما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الاعلى والا
سفل وخالفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم وابو حنيفة فاوجب عتق
كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الاخ
وما اشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم وسبب اختلاف اهل
الظاهر مع الجمهور واختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو
قوله عليه السلام لا يجزي ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وابو داود فقال الجمهور يفهم
من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه
وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث الثابت انه ليس يجب عليه شراؤه
ولا عتقه اذا اشتراه قالوا ولو كان الامر فيه عتقه اليه دليل على صحة ملكه
ولو كان ملكا قالوا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية

ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من
ملك ذا رحم محرم فهو حر وكان اهل الحديث لم يصح عند مالك والشافعي
وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد
الفريق المتقدم فهمهم وقاس الابناء على الاباء وقد رام المتاخرون
الاحتجاج لمذهبهما بان البنوة صفة هي ضد العبودية وانه ليس تجتمع معها
لقوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض
الا ءاتي الرحمن عبدا وهذه العبودية التي يحتجون بها انما هي عبودية
معقولة ونسبة معقولة والعبودية التي بين المخلوقين والمولى هي عبودية
بالشرع لا بالطبع اعني بالوضع لا انها عقلية فانما تقولون فيها ان هذا
احتجاج ضعيف وانما اراد تعالى ان البنوة تساوي الابوة في جنس الوجود
او يقرب منه اعني ان الموجودين اللذين احدهما اب والاخر ابن يشعر بان جنسهما
واحد او ان يكونا من نوع واحد ومن جنس واحد وما دون الله تعالى
من الموجودات فليس يشارك معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت
بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون في الموجودات التي هنا شيء نسبته
اليه نسبة الابن الى الاب بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى
السيد الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذي بين السيد
والعبد في المرتبة اشد من التباعد الذي بين الابن والاب وفي الحقيقة
فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة اشد تباعدا
من هذه النسبة اعني تباعد طرفيها في الشرف والخسة ضرب المثل
بها اعني نسبة العبد للسيد ومن جهة المحبة التي بين الاب والابن والر
حمة والرافة اجاز ان يقول في الناس انهم ابناء الله على ما حكي في شريعة
عيسى وهذه هي جمل المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل
على الانسان بغير اختياره وقد اختلفوا من هذا الحكم في مسئلة مشهورة
تتعلق بالسماع وذلك ان العلماء اختلفوا فيمن اعتق عبيدا له في مرضه

ولا مال له

415

ولا مال له سواهم فقسموا ثلاثة اجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته
وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالف اشهب واصبغ في الكلام العتق
المبتل في المرض فقالا انما القرعة في الوصية واما حكم العتق المبتل فهو
حكم المدبر والاختلاف في مذهب مالك ان المدبرين في كلمة واحدة اذا ضاق
عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق
من الجميع ثلثه فقط من هؤلاء اعتبر والثلث الجميع القيمة وهو
مذهب مالك والشافعي فقط واعتبر العدد وعند مالك اذا كانوا
ستة اعبد مثلا وعتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنان
منهم او اقل او اكثر وذلك ايضا بالقرعة بعد ان يجبروا على القيمة
اثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم
اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث وعمدة اهل
الحجاز ما رواه اهل البصرة عن عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة
مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم فجزاهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة
خرجه البخاري ومسلم مسندا وارسله مالك وعمدة الحنفية ما جاء
به عن النخعي من الاثار التي تاتي في كل عبد بالاجماع فان الذي يجب له مال وجب
ان يعتق لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل الميت فيه وهذا الاصل
ليس يبينا من قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق
من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد والمعتقين وقد
الزم الشرع من بعض العتق ان يتم عليه فلما لم يكن هنا ان يتم عليه
في استعماله بالقيمة لا كثر من اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد اجحف
الوهاد الاصل وهو ظاهر الحديث وكمل الجزء المعتوق في كل واحد منهم
هو حق لله موجب يجمع في اشخاص باعيانهم احله حق الناس وقد

طايفة ماله تبع له وبالاول وقال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء
ابو حنيفة والثوري واحمد واسحاق وبالثانية قال ابن عمر وعايشة
والحسن وعطاء ومالك واهل الحجاز واهل المدينة والحجة لهم
حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق عبدا وله مال فماله له الا ان
يشترط السيد ماله فله واما الفاظ العتق فان منها صريح ومنها
كناية عند اكثر فقهاء الامصار اما الالفاظ الصريحة فهو ان يقول
انت حر وانت عتيق وما تصرف من لفظه فهذه الالفاظ تلزم السيد
باجماع من العلماء واما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لا سبيل
لي عليك او لا ملك لي عليك فهذه ينوي فيها السيد العبد فان اراد بها
العتق اعتق عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد
لعبده يا بني ولامته يا بنتي وقال يا بنتي فقال قوم وهم الجمهور
لا عتق يلزمه وقال ابو حنيفة يعتق عليه وشذ فقال لو قال السيد
لعبده هذا ابني عتق عليه وان كان العبد له نسب وثبت نسبه ومن هذا
الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما انت الا حر فقال قوم هو حر عليه
وهم الاكثر وقال قوم ليس حرا وهو قول الحسن البصري ومن هذا امن
نادى عبدا من عبيده باسمه فاستجاب له عبد اخر فقال له انت حر
وقال انما اردت الاول فقيل يعتقان عليه جميعا وقيل ينوي واتفقوا
على ان العتق ما في بطن امته فهو حر دون الام واختلفوا فيمن اعتق امته
واستثنى ما في بطنها فقالت طايفة له ما استثناه وقالت طايفة
هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طايفة
لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يوثر فيه الاستثناء
كقولهم في الطلاق اعني قول القايل لعبده انت حر ان شاء الله وكذلك
اختلفوا في وقوع الطلاق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي
وغيره لا يقع واحتج بقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك

ابن

ابن ادم والحجة الثانية تشبيه ايمانه باليمين والعالم في هذا الباب تشبيهه
بالفاظ الطلاق وشي وحكم كشي وحده وكذلك الايمان فيه تشبيهه بالايمان
في الطلاق واما احكامه فكثيرة ومنها ان الجمهور على ان الابناء لا يعتقون
في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا ان يكون الاب عربيا ومنها
اختلافهم في العتق الى اجل فقال قوم ليس له ان يطاها ان كانت جارية
ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي
والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة
بعد العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع
عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم يعتق عليه اعني
من مال البايع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالاول قال ابو
حنيفة واصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا الكفاية
واختلفوا في مال العبد اذا اعتق لمن يكون فقالت طايفة المال للسيد
وقالت طايفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود من الصحابة ومن
الفقهاء ابو حنيفة والثوري واحمد واسحاق وبالثاني قال ابن عمر
وعايشة والحسن وعطاء ومالك واهل المدينة والحجة لهم حديث
ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق عبدا وماله له الا ان يشترط
السيد ماله كمل كتاب العتق بحمد الله كتاب الكتابة
والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في اركانها وشروطها واحكامها
اما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وحده وصفته والعاقد والمعقود
عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسايل المشهورة لاهل الامصار في
جنس جنس من هذه الاجناس القول في مسايل العقد فمن مسايل
هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب او
مندوب اليه فقال فقهاء الامصار انه مندوب اليه وقال اهل الظاهر هو واجب

واحتجوا بظاهر قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا والامر على الوجوب
واما الجمهور فانهم لما راوا ان الاصل هو الا يجبر احد على عتق علامه
حملوا هذه الاية على الندب لئلا يكون معارضة لهذا الاصل وايضا
فانه لما لم يكن للعبد ان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج
رقبته عن ملكه بعوض فاحرى ان يحكم عليه بخروجه عن غير عوض وهو
ما لكه وفي الكتابة كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة اقرب
ان تكون من احكام العقد من ان تكون من اركانه وهذا العقد بالجملة
هو ان يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد
فاركان هذا العقد هي الثمن والمثمون والاجل والالفاظ الدالة على هذا
العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على انه يجوز اذا كان معلوما بالعلم
الذي يشترط في البيوع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهام مثل ما قال ابو
حنيفة ومالك يجوز ان يكاتب عبده على عبد او جارية من غير
ان يصفها ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى
يصفه فمن اعتبر في هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ومن راى ان
هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه اليسير كالحال
في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا
ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ
الدين في الدين وضع وتعجل ومنعه الشافعي واحمد وعن ابي حنيفة
القولان جميعا وعمدة من اجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه
وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها واما الاجل فانهم
اتفقوا على انه يجوز ان تكون موجلة واختلفوا هل تجوز
حالة وفي الذي ايضا بعد اتفاقهم على انها تجوز حالة على مال موجود
عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة واما الكتابة فهي

صح بـ
قطاعة

التي

التي يشتري بها العبد نفسه وماله ويعتق من سيده بمال يكتسبه فموضع
الخلاف اتفاقهم وهل يجوز ان يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس
بيده فقال الشافعي هو عتق الكتابة الغرر وليس يلزم التنجيم فيه شيء وقال متاخرو
اصحاب مالك فمن كره الكتابة الحالة يرجع العبد الى الحال الذي
تنجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية ان السيد قد وجب لعبده الكتابة
الا انه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية
ان الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جارية واشترط الايلاد وفي الكتابة
انه اذا لم يكن له مال حاضر ادى الى التعجيز وفي الاكثر مقصود الكتابة وخاصة
قول المالكية يرجع الى ان الكتابة من اركانها ان تكون منجمة وانه اذا اشترط فيها
ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على انه اذا قال السيد لعبده قد
كاتبتك على الف درهم فاذا اديتها فانت حر حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف
فقال ابو حنيفة ومالك هو حر لان لفظ الكتابة اسم شرعي فهو يتضمن جميع احكامه
وقال قوم لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي
ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك
الف دينار فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا تلزمه واما ان قال
انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر
والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال
ونفذت الحرية وان ابى بقي عبدا وقيل ان قال فيك انت كتابة يعتق باداء والقولان
لابن القاسم ويجوز الكتابة عند مالك على عمل معدود ويجوز عنده الكتابة الى
كتابة مثله كما الحال في النكاح ويجوز الكتابة عنده على قيمة
العبد واعني كتابة مثله المطلقة ويرد الى كتابة مثله في الزمان والنجم وما هنا قيل انه تجوز الكتابة الحالة
واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من اخر نجوم الكتابة شيئا على
العبد لاختلافهم في مفهوم قوله واتوهم من مال الله الذي اتاكم وفي ذلك ان بعضهم
راى ان الايتاء هم المخاطبون بهذه الاية وراى بعضهم انهم جماعة المسلمين
ندبوا الى عون المكاتبين والذين راوا انه الكتاب اختلفوا هل ذلك على الوجوب او الندب
والذين قالوا انه للكتاب اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم
شيء وبعضهم حده واما المكاتب ففيه مسائل احدها هل تجوز كتابة

المشهور وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من
يملك من العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي
وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فاما كتابة المراهق القوي على السعي
الذي لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة ومنعها الشافعي الا للبالغ وعن
مالك القولان جميعا فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة
من لم يشترط ذلك انه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الاجانب وان المقصود
من ذلك انما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ واما هل يجمع
في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك فاذا
قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء على بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق
واحد الا بعتق جميعهم فيه ايضا خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور
على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولي الشافعي واما هل يكون بعضهم
حملاء عن بعض فان لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فقالت طائفة ذلك
واجب بمطلق عقد الكتابة اعني حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان
وقال اخرون لا يلزم ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابو حنيفة
واصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق
كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته وعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر
لان قدر ما يلزم واحدا واحدا منهم من ذلك مجهول وعمدة من اجازها ان الغرر اليسير
يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبده وماله لسيده واما مالك فحجته
انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم حكم الشخص الواحد
وعمدة الشافعي ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة
الاجنبيين بعضهم عن بعض ولما كان الجمهور قد اتفقوا على ان الحمالة من الاجنبيين
في الكتابة لا تجوز في هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز
المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر في حمالة
العبيد بعضهم عن بعض واما مالك فيظهر في ذلك ان هذا الشرط هو سبب
لان يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة

الا ان يقول ايضا ان الجمع يكون سببا لان يخرج حرا من لا يقدر من نفسه ان يسعى
حتى يخرج حرا فهو كما يعود ... من لا يقدر على السعي كذلك بحرية من
لا يقدر على السعي وابو حنيفة فيشبهه بحمالة الاجنبي عن الاجنبي في
الحقوق التي تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط
وهو مع هذا ايضا لا يجيز حمالة الكتابة واما العبد بين الشريكين
فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما ان يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه
فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منه فهو
بينهم على قدر حصصهم وقال بعضهم يجوز ان يكاتب الرجل نصيبه من
عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت تجوز باذن شريكه
ولا تجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثاني
قال ابن ابي ليلى واحمد وبالثالث قال ابو حنيفة والشافعي في
احد قوليه وله قول اخر مثل قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك
لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه وذلك
لا يكون الا بعد العتق ومن راى ان له ان يكاتبه راى ان عليه ان يتم
عتقه اذا ادى الكتابة اذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج
باصل لا يوافقه عليه الخصم لان ليس يتبع من حجة الاصل الا ما يوافقه عليه
الخصم واما اشتراط الاذن فضعيف وابو حنيفة يرى في كيفية اداء المال
للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما ادى للشريك الذي
كاتبه ياخذ منه الشريك الثاني نصيبه ويرجع بالباقي على العبد
فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن
الاصول ولا خلاف فيما اعلم بينهم ان من شرط المكاتب ان يكون قويا على
السعي لقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا وقد اختلف العلماء ما الخير

الذي اشترطه الله في المكاتب في قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعي الا
كتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال اخرون الصلاح والدين
وانكر بعضهم من العلماء ان يكاتب من لا حرفة له مخافة السوال واجاز ذلك
بعضهم لحديث بريرة انها كاتبت على ان تسال الناس وكره مالك ان تكاتب
الامة التي لا اكتساب لها ولا صنعة مخافة ان يكون ذلك ذريعة الى الزنا
واجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الا ام الولد اذ ليس عنده
ان يستخدمها واما المكاتب فاتفقوا على ان من شرطه ان يكون مالكا صحيح
الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب ان يكاتب عبده
ام لا وسبب الخلاف هل هو فيما يجوز من افعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك
ان يكاتب العبد الماذون له في التجارة لان الكتابة عتق ولا يجوز له ان يعتق
وكذلك لا تجوز كتابة من احاط الدين بماله الا ان يجيز الغرماء ذلك
اذا كان في ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته واما كتابة المريض فانها
عنده من الثلث يوقف حتى يصح او يموت فيكون من الثلث كالعتق
سواء وقد قيل ان حابا كان كذلك وان لم يحاب باسعر و[illegible] وهو في المرض
عتق وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه
العبد المسلم عنده فهذه مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان في هذا
المكاتب والمكاتب والكتابة واما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط
التي تجوز فيها والشروط التي لا تجوز ويشبه ان يكون اجناس من الاحكام
الاول في هذا العقد وهو ان يقال متى يعتق المكاتب ومتى يرق فيعرف
وكيف حاله ان مات قبل ان يعتق ويرق وما يدخل معه في حكم الكتابة
مما لا يدخل وتبيين ما هو عليه من حكم الرق مما ليس هو عليه فلنبدا
بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس
الجنس الاول واما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا
ادى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض فقال الجمهور وهو

عبد

عبد ما بقي عليه من كتابته شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروي عن
السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور اقوال اربعة احدها
ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة والثاني انه يعتق منه بقدر ما ادى والثالث
انه يعتق ان ادى النصف فاكثر والرابع ان ادى الثلث والاول هو عجيب وعمدة
الجمهور ما خرجه ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال ايما عبد كاتب على مائة اوقية فاداها الا عشرة اواق فهو عبد
وايما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وعمدة
من راى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيههم اياها بالبيع فكان المكاتب
اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا ان يتبعه بالمال كحال من اشتراه
منه الى اجل وقد مات وعمدة من راى انه يعتق منه بقدر ما اداه ما رواه يحيى بن كثير
عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يودى المكاتب بقدر
ما ادى دية حر وبقدر ما رق منه دية عبد خرجه النسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة
كما ان الخلاف في احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روي من صحيفة وبهذا القول
قال علي اعني بحديث ابن عباس وروي عن عمر بن الخطاب انه اذا ادى الشطر
عتق وكان ابن مسعود يقول اذا ادى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة
بالظاهر فان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان ذلك سنة بلغتهم وفي المسالة
قول خامس انه اذا ادى الثلاثة الارباع عتق ويبقى غريما بالباقي وقد قيل ان ادى
القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وام
سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هولاء هو الذي اعتمده فقهاء الامصار وذلك
انه صحت الرواية في ذلك عنهم حجة للاشتهار فيها وروي ذلك في الموطا فهو
احوط للاموال السادات وكان في المبيعات يرجع في عين المبيع اذا افلس المشتري
الجنس الثاني واما متى يرق فلانهم اتفقوا على انه يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن
الكل بحسب اختلافهم واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب
ام ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعي الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي

ح ب
انما

في حق السيد غير لازمة قال مالك وابو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين
اي بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد
لا يخلو ان يتفقا على التعجيز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد
التعجيز وياباه العبد او بالعكس اعني يريد السيد البقاء على الكتابة ويريد
العبد التعجيز واذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين احدهما
ان يكون دخل في الكتابة ولد او لم يكن فان كان دخل معه ولد في الكتابة
فلا خلاف عنه انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان
احداهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال ابو حنيفة والاخرى انه يجوز
له ذلك وان طلب العبد التعجيز وابى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان له مال
او كانت له قوة على السعي واما ان اراد السيد التعجيز وابى العبد
فانه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند
الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء ويرجع الى عمدة ادلتهم في اصل الخلاف في المسئلة
فعمدة الشافعي ما روي ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني اريد ان
تشتريني وتعتقيني فقالت لها ان اراد اهلك فجاءت اهلها فباعوها
وهو حديث خرجه البخاري وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود
اللازمة لان حكم العقد في هذا المعنى يجب ان يكون كحكم البيع وذلك
ان العقود من شانها ان يكون اللزوم فيها والخيار مستويا في الطرفين
واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخارج عن الاصول
وعللوا حديث بريرة بان الذي باع اهلها كانت كتابتها لا رقبتها والحنفية
تقول لما كان المغلب في الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما في حق
الاخر المغلب عليه وهو السيد اصله النكاح لانه غير لازم في حق الزوج
لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية تعترض هذا
بان تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان له ان يسترجع الصداق

الجنس الثالث واما حكمه اذا مات قبل ان يؤدي الكتابة فاتفقوا

على

420

على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدي من الكتابة شيئا انه يرق واختلفوا
اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة
ادي وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم
ابيهم حتى يعتقوا او يعجزوا وان لم يكن عندهم مال ولا قدرة على السعي رقوا
وانه ان فضل من الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه
يرثه الاولاد الذين في الكتابة معه دون سواهم ممن ورثته وان كان
له وارث غير الولد معه في الكتابة وماله للسيد وعلى ولده الذين كاتب
عليهم ان يسعوا من الكتابة في مقدار حصصهم منها وتسقط حصة الاب
وبسقوط حصة الاب عنهم قال ابو حنيفة وسائر الكوفيين والذين
قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي وقيل
بالثمن وقيل حصته على قدر الرؤوس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب
من الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا في الكتابة لان من ولد في
الكتابة فهو تبع لابيه وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم
حملاء عن بعض ولذلك يعتقون منهم او سائرهم تسقط حصته عن الباقي وعمدة
الفريق الثاني ان الكتابة لا تتضمن وروي مالك عن عبد الملك بن مروان في [illegible]
مثل قول الكوفيين وسبب اختلافهم ما الذي يموت عليه المكاتب فعند مالك
انه يموت مكاتبا وعند ابي حنيفة انه يموت حرا وعند الشافعي انه يموت
عبدا وعلى هذه الاصول ينبني الحكم فيه وعمدة الشافعي ان العبودية والحرية
ليس بينهما وسط فاذا مات المكاتب فليس حرا بعد لان حريته انما تجب
بعد اداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقي انه مات عبدا الا انه
لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود
المال الذي كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية وهي الكتابة

في حق السيد غير لازمة، قال مالك وأبو حنيفة: الكتابة عقد لازم من الطرفين
أي بين العبد والسيد، وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن العبد والسيد
لا يخلوا أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا، فإن اختلفا فإما أن يريد السيد
التعجيز ويأباه العبد أو بالعكس أعني يريد السيد البقاء على الكتابة ويريد
العبد التعجيز، وإذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين إما
أن يكون دخل في الكتابة ولد أو لم يكن، فإن كان دخل معه ولد في الكتابة
فلا خلاف عنه أنه لا يجوز التعجيز، وإن لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان
أحدهما أنه لا يجوز إذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والأخرى أنه يجوز
له ذلك، وإن طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد إن كان له مال
أو كانت له قوة على السعي، وأما إن أراد السيد التعجيز وأباه العبد
فإنه لا يعجزه عنده إلا بحكم حاكم، وذلك بعد أن يثبت السيد عند
الحاكم أنه لا مال له ولا قوة على الأداء، ويرجع إلى عمدة المتبع في الخلاف في المسألة
عمدة الشافعي ما روي أن بريرة جاءت إلى عائشة تقول لها إني أريد أن
تشتريني وتعتقيني، فقالت لها إن أراد أهلك، فجاءت أهلها فباعوها
وهو حديث خرجه البخاري، وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود
اللازمة، لأن حكم العقد في هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السبب وذلك
أن العقود من شأنها أن يكون اللزوم فيها والخيار مستويين في الطرفين
وأما أن يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخارج عن الأصول
وعللوا حديث بريرة بأن الذي باع أهلها كتابتها لا رقبتها، والحنفية
تقول لما كان المغلب في الكتابة حق العبد وجب أن يكون العقد لازما في حق
الآخر المغلب عليه وهو السيد، أصله النكاح لأنه غير لازم في حق الزوج
لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة، والمالكية تعترض هذا
بأن تقول إنه عقد لازم فيما وقع به العوض إذ كان له أن يسترجع الصداق
الجنس الثالث: وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدي الكتابة فاتفقوا

على

على أنه إذا مات عن غير ولد قبل أن يؤدي من الكتابة شيئا أنه يرق، واختلفوا
إذا مات عن ولد، فقال مالك: حكم ولده كحكمه، فإن ترك مالا فيه وفاء لكتابته
أدى وعتقوا، وإن لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي سعوا على نجومه
إلى أن يعتقوا، وإن لم يكن عندهم مال ولا قدرة على السعي رقوا
وأنه إن فضل من الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار، وأنه
ليس يرثه إلا ولده الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من قرابته وإن كان
له وارث غير الولد معه في الكتابة وماله للسيد، وعلى ولده الذين كاتب
عليهم أن يسعوا من الكتابة في مقدار حصصهم منها وتسقط حصة الأب
وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين
قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي وقيل
بالثمن وقيل حصته على قدر الرؤوس، وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب
من الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا في الكتابة لأن من ولد في
الكتابة فهو تبع لأبيه، وعمدة مالك أن الكتابة كتابة واحدة بعضهم
حملاء عن بعض، ولذلك عتقوا منهم أو سائرهم تسقط حصته عن الباقين، وعمدة
القول الثاني أن الكتابة لا تتبعض، وروى مالك عن عبد الملك بن مروان [illegible]
مثل قول الكوفيين والشافعي، واختلفوا في ماذا يموت عليه المكاتب، فعند مالك
أنه يموت مكاتبا، وعند أبي حنيفة أنه يموت حرا، وعند الشافعي أنه يموت
عبدا، وعلى هذه الأصول ينبني الحكم فيه، وعمدة الشافعي أن العبودية والحرية
ليس بينهما وسط، فإذا مات المكاتب فليس حرا بعد، لأن حريته إنما تجب
بعد أداء كتابته، وهو لم يؤدها بعد، فقد بقي أنه مات عبدا، إلا أنه
لا يصح أن يعتق الميت، وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود
المال الذي كاتب عليه، لأنه ليس له أن يرق نفسه، والحرية وهي الكتابة

فمن حيث لا يورثه اما يورثه اولاده الاحرار حكم له حكم العبيد ومن حيث لم يورثه
سيده ماله جعل له حكم الاحرار والمسألة في حد الاجتهاد. ومما يتعلق
بهذا الجنس اختلافهم في ام ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون
على السعي واراد ت ام الولد ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي
والكوفيون ليس لها ذلك وحجتهم ان ام الولد اذا مات المكاتب
مال من مال السيد واما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صار
اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغارا لا
يستطيعون السعي وترك ام الولد لا تستطيع ان تباع ويؤدى
منها باقي الكتابة وعند ابي يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع
المكاتب ام ولده ويجوز عند ابي حنيفة والشافعي واختلف اصحاب
مالك في ام ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء الكتابة
هل تعتق ام الولد ام لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت
وقال اشهب تعتق على كل حال وعلى اصل الشافعي كل ما ترك المكاتب من مال
لسيده لا ينتفع به البنون في اداء ما عليهم من كتابتهم ان كانوا معه
في عقد الكتابة او كانوا ولدوا في الكتابة وانما عليهم السعي وعلى
اصل ابي حنيفة يكون ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان. الجنس
الرابع وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد الكتابة واتفقوا من هذا الباب
ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عنده للسيد
وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له في الكتابة وقال الشافعي وابو
حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعي يدخل بالشرط اعني اذا اشترطه المكاتب
وهذه المسألة مبنية على هل يملك العبد ام لا يملك وعلى هل يتبعه
ماله ام لا وقد تقدم ذلك. الجنس الخامس وهو النظر فيما يجب فيه
على المكاتب مما لا يجب وما بقي من احكام العبد فيه فنقول انه قد اجمع

العلماء من هذا الباب على انه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيئا له قدر ولا يعتق
ولا يتصدق بغير اذن سيده وانه محجور عليه في هذه الامور واشباهها
اعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئا من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في
فرع وهو اذا لم يعلم السيد بهبته او عتقه الا بعد اداء كتابته فقال مالك
وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وحجة من منعه ان ذلك وقع
في حالة لا يجوز وقوعه فيها بغير اذن السيد وحجة من اجازه ان السبب المانع
من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد وسبب الخلاف هل اذن السيد
من شرط لزومه اعني العقد او من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجز
العتق من قبل الشرط ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا اعتق لانه وقع
عقدا صحيحا فلما ارتفع الاذن المترقب فيه صح العقد كما لو اذن وهذا كله عند
من اجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا في ذلك ايضا فعامتهم
على انه لا يجوز عتقه اذا لم ياذن السيد فقال قوم في ذلك بالجواز وقال قوم لا يجوز
وبه قال ابو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان والذين اجازوا
ذلك اختلفوا في ولاء العتق لمن يكون فقال مالك اذا مات المكاتب قبل ان يعتق
كان ولاؤه للسيد وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم هو ولاء
للسيد على كل حال للسيد وحجة من رأى بعد عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله
عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق والولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه
وحجة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن بقي في يده لا جرم
استحسانا ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح او يسافر بغير
اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده واباح بعضهم
النكاح له واما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك
واباحه قوم من اصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترط عليه ان المكاتب
واجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه انفاق
ان يكون في ذلك ذريعة الى العجز والعلة في جواز السفر انه يقوى على التكسب

في اداء الكتابة وبالجملة فللعلماء في هذه المسألة ثلاثة اقوال احدها ان
المكاتب ان يسافر بغير اذن سيده ولا يجوز ان يشترط عليه الا
يسافر وبه قال ابو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له ان يسافر
الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان له بمطلق عقد الكتابة ان يسافر
الا ان يشترط عليه سيده الا يسافر وبه قال احمد والثوري وغيرهما
واباح بعضهم النكاح له ومن هذا اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبده
فاجاز ذلك مالك ما لم يرد به المحاباة وبه قال ابو حنيفة والثوري وللشافعي
قولان احدهما اثبات الكتابة والاخر ابطالها وعمدة الجماعة انه عقد معاوضة
المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء
وعمدة الشافعية ان الولاء لمن اعتق والولاء للمكاتب لانه ليس بحر واتفقوا
على انه لا يجوز انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء واختلفوا
في وطء السيد امته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال احمد وداود و
سعيد بن المسيب ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه
وطء تقع الفرقة فيه الى اجل فاشبه النكاح الى اجل وعمدة الفريق
الثاني تشبيهها بالمدبرة واجمعوا على انها ان حملت [illegible] و
اختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد ام لا فقال الجمهور لا حد
عليه لانه واطئ بشبهة وقال بعضهم عليهما الحد واختلفوا في ايجاب الصداق
والعلماء بالجملة على انه في احكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة
والحدود وغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال
الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال
بعضهم اذا رضي المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعي لان الكتابة ليس
بعقد لازم في حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبة وعمدة
من منع بيع المكاتب ان ذلك من نقض العهد وقد امر الله بالوفاء وهذه

المسألة مبنية على هل الكتابة عقد لازم او لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة
فقال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز ذلك واجازها مالك ورأى الشفعة
فيه للمكاتب وفي اجازة ذلك شبهة بيعها ببيع الدين لم يجز ذلك
داخل من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة وذلك
ان عن النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الشفعة في الدين وقد ذهب مالك في بيع
الكتابة انها ان كانت بذهب ان لا تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل
ذلك من الدين بالدين فان كانت الكتابة بعرض جاز شراؤها بذهب
او فضة معجلة او بعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشتري
ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة ام لا واما شروط
الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر
اركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضي وهذه الشروط منها ما
يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد
ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هي
مبسوطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب
اصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة
المشروعة في العقد والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي الى اخلال بالشروط المصححة
للعقد ولا يلزمها وهذه الجملة ليس يختلف العلماء فيها وانما يختلفون
في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط صحة مما ليس هو ولذلك جعل مالك
جنسا ثالثا من الشروط وهو الشروط التي ان تمسك بها المشترط فسد
العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغي ان يتكلم في سائر العقود
الشرعية ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا اشترط في الكتابة شرطا
من خدمة او سفر وقوي على اداء نجومه قبل محل اجل الكتابة هل

يعتق عليه أم لا فقال مالك وجماعة إن الشرط باطل ويعتق إذا أدى جميع
المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأتي بذلك الشرط وهو
مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم
أن يخدموا الخليفة بعده ثلاث سنين ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده
على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمته ولذلك القياس يوجب
ألا يكون الشرط لازما وهذه جملة المسائل الواقعة في أصول هذا الكتاب
وها هنا مسائل تذكر في هذا الباب وهي من كتاب آخر وذلك أنها
إذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه وإذا ذكرت
في غيره ذكرت على أنها أصول لذلك كان الأولى ذكرها في تلك الكتب
فمن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته
البنت فقال مالك والشافعي ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءا منه وملك
المرأة زوجها يحرم عليها بإجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لأن الذي ورثت
إنما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسألة هي أحق
بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه ديون
وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء
وقال شريح وابن أبي ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا
إذا أفلس وعليه ديون يعترف مداينيه هل يتعدون ذلك إلى رقبته أم لا فقال
مالك والشافعي وأبو حنيفة لا سبيل لهم إلى رقبته وقال الثوري وأحمد
يأخذونه إلا أن يفتكه السيد واتفقوا على أنه إن جنى جناية أنه
يسلم فيها إلا أن يفتك عنه سيده والقول في هل يحاص سيده الغرماء
ولا يحاص هو من كتاب التفليس والقول في جنايته هو من باب الجنايات

ومن مسائل الأقضية التي هي في هذا الباب وأحرى أن لا أقضية اختلافهم
في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وأبو حنيفة
القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف صاحبا أبي حنيفة يتحالفان
ويتفاسخان فيما سبق على المنهاج المتقدم وفي هذا الباب كثيرة لكن الذي حضر
منها الآن هو الذي تقدم هو ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة
الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار وهي من المسموع فينبغي أن تثبت في هذا
الموضع إذ كان القصد إنما هو إثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف
فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وهي التي تتنزل
منزلة الأصول من المسكوت عنها في الشرع وذلك أن قصدنا في هذا الكتاب
كما قلنا غير ما مرة إنما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع
المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف
فيها بين فقهاء الأمصار معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد
مجرى الأصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين
فقهاء الأمصار سوى نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه أن
يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التي أوجبت خلاف
الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة من النوازل أن يكون الجواب فيها
على مذهب فقيه من فقهاء الأمصار أعني في المسألة الواحدة بعينها ويعلم
حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك إذا نقل عنه فتوى
في ذلك وأما إذا لم ينقل في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الأصول
فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب
الحق الذي يؤديه إليه اجتهاده ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا
الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعا لأصول مذهبه ومسائله
المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها وهذا هو الذي
عمله ابن القاسم في المدونة فإنه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك

على قياس ما كان يفعله في ذلك المحتسب من مسائل المالكية التي هو منها جارية مجرى
الأصول التي جبل عليها الناس من الاتباع والتقليد في الأحكام والفتوى وهو
بين أن في قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد
إذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك
وإنما رأيت أن أسمي هذا الكتاب هو أن يسميه كتاب نهاية المجتهد
وكفاية المقتصد

كتاب التدبير

والنظر في التدبير في أركانه وفي أحكامه
أما الأركان فهي أربعة المعنى واللفظ والمدبِّر والمدبَّر وأما الأحكام فصنفان أحكام العقد
وأحكام المدبر. الركن الأول فنقول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو
أن يقول السيد لعبده أنت حر عن دبر مني أو يطلق فيقول أنت مدبر وهو داخل
عنده من انعقاد التدبير بالنطق وفي الناس في التدبير والوصية على صنفين
فمنهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل
التدبير لازما والوصية غير لازمة فالذي فرق بينهما اختلفوا في مطلق
لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التدبير أعني إذا قال
أنت حر بعد موتي فقال مالك إذا قال أنت حر بعد موتي فالظاهر
أنه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيه إلا أن يريد التدبير وقال
أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه وبقول مالك
قال ابن القاسم وبقول أبي حنيفة قال أشهب قال إلا أن هذا له في بينة الوصية
مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا وما أشبه ذلك من الأحوال التي جرت العادة
أن يكتب الناس فيها وصاياهم على قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو
الشافعي ومن قال بقوله فهذه اللفظة هي من ألفاظ صريح التدبير وأما على مذهب
من يفرق فهو إما من كناية التدبير وإما ليس من كنايته ولا صريحه
وذلك أن من حمله على الوصية فليس عنده من ألفاظه ولا من صريحه
ومن حمله على التدبير وقيده به في الوصية فهو عنده من كناياته وأما
المدبر فإنهم اتفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح

العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملكه كله أو بعضه واختلفوا
في حكم من ملك بعضا مدبرا فقال مالك يجوز ذلك وللذي لم يدبر حظه خيار
أحدهما أن يتقاوماه فإن اشتراه الذي دبره كان مدبرا كله وإن لم يشتره
انتقض التدبير والخيار الثاني أن يقوم على الشريك وقال أبو حنيفة
للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات إن شاء استمسك بحصته وإن شاء
استسعى العبد في قيمة الحصة التي له فيه وإن شاء قومها على شريكه إن
كان موسرا وإن كان معسرا استسعى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير
ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو
عليه فإذا مات مدبره عتق نصيبه في ذلك الجزء ولم يقوم النصيب الباقي
منه على السيد على ما في سنة العتق لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة
وهذه المسألة هي من الأحكام لا من الأركان أعني أحكام المدبر ولكن تثبت
في الأحكام وأما المدبر فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا غير
محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا وأن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط
الدين بماله لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير واختلفوا في تدبير
السفيه فهذه هي من أركان هذا الكتاب وأما أحكامه فأصولها راجعة
إلى خمسة أجناس أحدها مما يخرج المدبر هل من رأس المال أو الثلث
والثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أعني ما دام مدبرا
والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه والرابع مبطلات التدبير
الطارية عليه والخامس في أحكام تبعيض التدبير

الجنس الأول

وأما متى ما يخرج المدبر إذا مات فإن العلماء اختلفوا في ذلك فذهب
الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال منهم
أهل الظاهر فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية لأنه حكم يقع بعد الموت
وقد روي حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر من الثلث
إلا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث لأنه رواه علي بن ظبيان عن عبيد الله

بن عمر عن نافع عن ابن عمر وعلي بن ظبيان متروك الحديث عند اهل الحديث ومن
راه من راس المال شبهه بالشيء يوجبه الانسان على نفسه في حياته
فاشبه الهبة واختلف القايلون بانه من الثلث في فرع وهو
اذا دبر الرجل غلاما له في صحته واعتق في مرضه الذي مات منه غلاما
اخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يبدا بالمدبر لانه كان
في الصحة وقال الشافعي يبدا بالعتق البتل لانه لا يجوز له رده ومن اصله
انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسالة هي احق بكتاب الوصايا

واما الجنس الثاني فاشهر مسالة فيه هو للمدبر ان يبيع المدبر ام لا فقال
مالك وابو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره
وقال الشافعي واحمد واهل الظاهر وابو ثور له ان يرجع فيبيع مدبره
وقال الاوزاعي لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف ابو حنيفة ومالك
في هذه المسالة في فرع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ
العتق وقال ابو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشتري
او لم يعتقه وهو لا يفهم من جهة انه ممنوع وعمدة من اجاز بيعه ما ثبت
من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبرا وربما شبهوه بالوصية
واما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود
ولانه عتق الى اجل فاشبه ام الولد واشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف
ها هنا معارضة القياس للنص او العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر
احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبد
واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز
وطيها وروي عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي كراهة ذلك
اذا لم يكن وطيها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيها بام الولد ومن
منع ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل
شبهها بالمنكحة الى اجل وهي نكاح المتعة واتفقوا على ان للسيد

في المدبرة

في المدبرة الخدمة وللسيد ان ينتزع ماله منه متى شاء لكن الانتزاع العبد فقال مالك
الا ان يمرض مرضا مخوفا فيكره له ذلك **الجنس الثالث** واما ما يتبعه
في التدبير مما لا يتبعه فان جمهور اهل العلم المشهورين في هذا الباب اختلفوا في ولد
المدبرة الذين لم يولدوا بعد تدبيرها من سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها
بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند
اصحابه انهم لا يعتقون بعتقها واجمعوا على انها اذا اعتقها سيدها في حياته انهم
يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند اصحابه انهم
لا يعتقون بعتقها واجمعوا على انها اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون
بعتقها وعمدة الشافعي انهم اذا لم يعتقوا في العتق الناجز فاحرى ان لا يعتقوا في
العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه
بنوها والجمهور راوا ان للتدبير حرمة ما فاوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة
وقول الجمهور مروي عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروي عن عمر
بن عبد العزيز وعطاء بن ابي رباح ومكحول وتحصيل مذهب مالك في هذا ان كل امراة فولدها
تابع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر او معتقة
الى اجل فمعتق وكذا ام الولد ولدها بمنزلتها وخالفه في ذلك اهل الظاهر وكذلك
المعتق بعضه عند مالك واجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع للام في الرق
والحرية وما بينهما والعقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن
امة زوجها عربي واجمعوا على ان كل ولد من ملك يمين انه تابع لابيه ان حرا فحر وان
عبدا فعبد وان مكاتبا فمكاتب واختلفوا في المدبر اذا تسرى فولد له فقال
مالك حكمه حكم الامة يعني انه مدبر وقال الشافعي وابو حنيفة ليس يتبعه
ولده في التدبير وعمدة مالك الاجماع على ان الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا
المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يعطى له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية
ماله عند مالك **الجنس الرابع** واما الشكل في تبعيض التدبير فقد قلنا

فيمن دبر حصته في عبده وبين ان يدبر شريكه ونقله في هذا الموضع اولى فليستقل
اليه واما من دبر جزءا من عبده هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا
على من عتق بعض العبد عند مالك واما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير فمن
هذا الباب اختلافهم في ابطال التدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله
وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقا
لقيمته او لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبدا له
نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه كساعة و
يبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني
فان مات اعتق المدبر من مالم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا اسلم
مدبر النصراني لا يباع عليه حتى يتبين امر سيده فان مات اعتق المدبر ان لم يكن
عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا اسلم مدبر النصراني قوم وسعى
العبد في قيمته ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث
عنهما

كتاب امهات الاولاد

واصول هذا الباب النظر هل
تباع ام الولد ام لا وان كانت لا تباع فمتى تكون ام ولد وبماذا تكون ام ولد
وما يبقى لسيدها فيها من احكام العبودية ومتى تكون حرة **فاما المسألة**
الاولى فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر انه قضى
بانها لا تباع وانها حرة من راس مال سيدها اذا مات وروي مثل ذلك عن عثمان وهو
قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وابن
عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدري رضوان الله
عليهم يجيزون بيع ام الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وقال
جابر وابو سعيد كنا نبيع امهات الاولاد والنبي عليه السلام فينا
لا يرى بذلك باسا واحتجوا بما روي عن جابر انه قال كنا نبيع امهات
الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة

عمر

عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه اهل الظاهر في هذه المسألة النوع
من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد
الاجماع على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الى
ان يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتاب الاصول ضعف هذا الاستدلال
وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك نحسب راي من ينكر القياس
وربما احتج عليهم الجمهور بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى
بالدعوى وذلك انهم يقولون اليس تعترفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها
في حال حملها فاذا كان ذلك واجب ان يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع
الحمل الا ان المتاخرين من اهل الظاهر حدثوا ان هذا الاصل نقضا وذلك انهم
لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الاثار
ما روي عنه عليه السلام انه قال في مارية سريته لما ولدت ابنه ابراهيم
اعتقها ولدها ومن ذلك ايضا حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال ايما امراة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت
عند اهل الحديث حكى ذلك ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا
الشان ومما قالوا ايضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال
الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضي الله عنه
حين راى ان لا يبعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن واما متى
تكون ام ولد فانهم اتفقوا على انها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه
واختلفوا اذا ملكها حاملا منه وبعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون ام
ولد اذا ولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها وولدها وقال ابو حنيفة تكون
ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل هل تكون ام ولد في جميع
الاحوال الا الاكل ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده وقد قال
عليه السلام بعثت لاتمم مكارم الاخلاق واما بماذا تكون ام ولد فان مالكا
قال كل ما وضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقة كانت به ام ولد وقال

الشافعي لانه ان يوجد في الشيء مثل الخلو والتخطيط واختلافهم راجع
الى ما ينطلق عليه اسم الولادة او ما يتحقق انه مولود واما ما يقتضي فيها امرها كلها
العبودية بانه اتفقوا على انها في شهادتها وحدودها وديتها وارش جراحها
كالامة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ان ها هنا سببا لكان لا يعتبر بها يوجب
بيعها الا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه اذا زنت رقت واختلف
مالك والشافعي هل للسيد ان يستخدمها وهو اجبارها واستغلاله اياها
فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك
وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يستغلها لانه يرى ان اجارة بيعها
من غيره [illegible] ولا خدمتها عنده اصلا وعمدة الشافعية انعقاد الاجماع
على انه يجوز له وطؤها فسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصلين احدهما وطؤها
والثاني بيعها فيجب ان يرجع اقوى الاصلين شبها واما متى تكون حرة فانه لا خلاف
بينهم انه في الولد فيه هو اذا مات السيد

كتاب الجنايات

والجنايات التي لها حدود مشروعة اربع جنايات على الابدان والنفوس وهو
قتلا وجرحا وجنايات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنايات
على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تاويل
وان كان بتاويل سمي بغيا وما كان مأخوذا على وجه المغافصة من حرز
سمي سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا وجنايات
على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع
من الماكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر
فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدئ
منها بالحدود التي في الدماء فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو
اما قصاص واما مال وهو الذي يسمى الدية فاذن النظر اولا في هذا الكتاب
ينقسم اولا الى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص
ينقسم الى قسمين القصاص في النفوس والى القصاص في الجوارح والنظر ايضا في
الديات ينقسم في النظر الى ديات النفوس والى النظر في ديات قطع

الجوارح

الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب الى كتابين احدهما يرسم عليه كتاب القصاص
والثاني يرسم عليه كتاب الديات كتاب القصاص وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين
الاول النظر في القصاص في النفوس والثاني في القصاص في الجوارح فلنبدا بالقصاص في النفوس

كتاب القصاص

في النفوس والنظر اولا في هذا الكتاب ان ينقسم الى قسمين
الى النظر في الموجب اعني الموجب للقصاص والى النظر في الواجب اعني القصاص وفي
ابداله ان كان له بدل فلنبدا اولا بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر
في صفة القتل الذي يجب فيه القصاص فانه ليس اي قاتل اتفق يقتص منه ولا
باي قتل اتفق ولا باي مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود اذا كان
المطلوب في هذا الباب انما هو العدل فلنبدا من النظر في القاتل ثم القتل ثم
المقتول فنقول في شروط القاتل فانهم اتفقوا على ان القاتل الذي يقاد منه
يشترط فيه باتفاق ان يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل غير مكره ولا [illegible] غيره
واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعي
والثوري واحمد وابو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب الآمر
وقالت طائفة يقتلان جميعا وهذا اذا لم يكن هناك اكراه ولا سلطان للآمر على
المامور واما اذا كان للآمر سلطان على المامور اعني المباشر فانهم اختلفوا في ذلك
على ثلاثة اقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المامور ويعاقب المامور وبه
قال داود وابو حنيفة وهو احد قولي الشافعي وقال قوم يقتل المامور
دون الآمر وهو احد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعا وبه قال مالك
فمن لم يوجب الحد على المامور اعتبر تاثير الاكراه في اسقاطه كثيرا من الواجبات في الشرع
لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن راى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار
وذلك ان المكره يشبه المختار من جهة ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل
الذي يسقط من علو والذي تحمله الريح من موضع الى موضع ومن راى قتلهم جميعا
لم يعذر المامور بالاكراه ولا الآمر بعدم المباشرة ومن راى قتل الآمر فقط شبه
المامور بالآلة التي لا تنطق ومن راى الحد على غير المباشر اعتمد انه لم يقتل

عليه السلام فلا قتل إلا باستعارة وقد اعتمدت المالكية في قتل الجماعة على انفراد الفعل
بإجماعهم على أنه لو اشترك على الهلاك من جهة لم يكن لها أن يقتل إلا أنها تقتل
فيما كله وأما المشاركة للقاتل عمدا في القتل فقد يكون القتل عمدا وخطأ وقد
يكون مكلفا وغير مكلف وسنذكر عقوبة قتل الجماعة بالواحد وأما إذا اشترك في
القتل عامدا ومخطئ أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر
وعبد في قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فإن العلماء اختلفوا في ذلك
فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية
إلا أن مالكا يجعله على العاقلة والشافعي في ماله على ما يأتي وكذلك قالا في الحر
والعبد يقتلان العبد عمدا أن العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال
في المسلم والذمي يقتلان جميعا الذمي وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص
مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة
الحنفية أن هذه شبهة فإن القتل لا يتبعض وممكن أن يكون إفاتة نفسه من فعل
الذي لا قصاص عليه كإمكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام
ادرءوا الحدود بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة
الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء فكأن كل
واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف في القياس وأما صفة
الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل
صنفان عمد وخطأ واختلفوا في فصل ثالث بينهما وهو الذي يسمونه شبه
العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عن مالك نفيه إلا في الابن
مع أبيه وقد قيل إنه يتخرج عنه في ذلك رواية أخرى وبإثباته قال عمر بن الخطاب
وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة ولا مخالف
لهم من الصحابة والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع
إلى الآلات التي يقع بها القتل وإلى الأحوال التي كان من أجلها الضرب
فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من القضب والنار وما يشبه ذلك فهو شبه
العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي
شبه العمد ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضربا لم يقصد به

القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا
وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعني
بين أن يقصد القتل أو لا يقصده وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطلع عليها
إلا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالبا
كان حكمه حكم العامد أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد
ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا
في حقنا لا في حق الآمر نفسه عند الله أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه
وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روي حديث مرفوع
إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا إن قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط
والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها
إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره
أبو عمر بن عبد البر وإن كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا هو القول في القتل عنه
مما يجب به القصاص ومما يجب به عنه الدية ولا خلاف في مذهب
مالك أن الضرب الذي يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص واختلف
في الذي يكون عمدا على وجه اللعب وعلى وجه الأدب لمن أبيح له الأدب وأما
الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل والذي
تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثية
والواحد والكثير فاتفقوا على أن المقتول إذا كان مكافئا للقاتل
في هذه الأربعة أنه يجب القصاص واختلفوا في هذه الأربعة أما الحر إذا قتل
عبدا فإن العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو
ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد إلا عبد
نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل
وبه قال النخعي فعمدة من قال لا يقتل الحر بالعبد ما احتج به دليل الخطاب المفهوم
من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن

قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم
ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم فسبب الخلاف معارضة
العموم بدليل الخطاب ومن فرق بين عضو وعضو ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل
بالحر وكذلك الادنى بالاعلى ومن الحجة ايضا لمن قال ان يقتل الحر بالعبد
ما رواه الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه
ومن جدع جدعناه قالوا وانما كان فيه فيقتل الحر وجهان يكون القصاص
بين كل القصاص في الحر واما قتل المؤمن بالكافر الذمي فاختلف العلماء
في ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعي
والثوري واحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل وممن قال بذلك ابو حنيفة
واصحابه وابن ابي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا ان يقتله قتل غيلة
وقتل الغيلة ان يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول
ما روي من حديث علي انه سأله قيس بن عباد هل عهد اليك رسول
الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا واخرج
كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى
بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد
في عهده من احدث حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس
اجمعين خرجه ابو داود وروى البخاري عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم
على انه لا يقتل مسلم بالحربي الذي امن واما اصحاب ابي حنيفة فاعتمدوا في ذلك
اثارا منها حديث يرويه ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن عبد الرحمن قال
قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من اهل القبلة برجل من اهل الذمة وقال
انا احق من وفى بعهده ورواه الكرخي عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله

عليه

عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر اي انه اريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد
وضعف اهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما روي من ذلك عن عمر واما
من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين في ان يد المسلم تقطع اذا سرق
من مال الذمي قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه
فسبب الخلاف تعارض الاثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان جماعة
فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وابو حنيفة والشافعي
والثوري واحمد وابو ثور وغيرهم وسواء كثرت الجماعة او قلت وبه قال عمر حتى روي
انه قال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم جميعا وقال داود واهل الظاهر لا تقتل الجماعة
بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروي عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة
لا تقطع ايد بيد اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي
تقطع الايدي باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الانفس
بالنفس ولا تقطع الاطراف بطرف واحد وسيأتي ذلك في باب القصاص من الاعضاء
وعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي
القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب واذا
كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمدوا
قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من
الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي يظن من قبله اتلاف النفس غالبا
على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سببا للتسلط على اذهاب النفوس
من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين
بالعين والانف بالانف واما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن حكى
الخلاف حكوا انه اجماع الا ما حكي عن علي من الصحابة وعن عثمان البتي انه
قال اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضي

ابو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري انه لا يقتل الذكر بالانثى وحكاه
الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولا دليل له في قوله تعالى والانثى بالانثى
وان كان عارضه دليل الخطاب هاهنا العموم الذي في قوله تعالى وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس لانه يرد عليهما ان هذا خطاب وارد في غير شريعتنا وهي
مسئلة مختلف فيها اعني هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والاعتماد على قتل الرجل
بالمراة هو النظر للمصلحة العامة واختلفوا من هذا في الاب والابن فقال مالك
لا يقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف او عصا فقتله
لم يقتل به وكذلك الجد عنده مع الحفيد وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري
لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باي وجه كان من اوجه العمد وبه
قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس عن النبي عليه السلام قال
لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين
المسلمين وسبب اختلافهم ما رواه يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلا
من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فاصاب ساقه فنزي في جرحه
فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر فذكر ذلك له فقال اعدد على ماء قديد عشرين
ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة
وثلاثين جذعة واربعين خلفة ثم قال اين اخو المقتول فقال هاانذا فقال
خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شيء فان مالكا
حمل هذا الحديث على انه لم يكن عمدا محضا واثبت منه شبه العمد فيما
بين الابن والاب واما الجمهور فحملوه على ظاهره من انه عمد لاجماعهم ان من
حذف اخر بسيف فقتله فهو عمد واما مالك فراى لما للاب من التسلط على
تاديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذي يكون في مثل هذه الاحوال على
انه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة واما [illegible] فاعله

على انه

على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع
عليها الا الله فمالك لم يتهم الاب حيث اتهم الاجنبي لقوة المحبة التي بين الاب
والابن والجمهور انما عللوا درء الحد عن الاب لمكان حقه على الابن ومذهبهم هو
القولين الموجب من هذا والذي يجيء على اصول اهل الظاهر ان يقاد واما القول
في الموجب فاتفقوا على ان لولي الدم بين شيئين القصاص والعفو اما على الدية
واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على
اخذ الدية هو حق واجب لولي الدم دون ان يكون في ذلك خيار للمقتص
منه ام لا يثبت الدية الا باتفاق الفريقين اعني الولي والقاتل وانه اذا لم
يرد المقتص منه ان يؤدي الدية لم يكن لولي الدم الا القصاص مطلقا او العفو
فقط فقال مالك لا يجب للولي الا ان يقتل او يعفو عن غير دية الا ان يرضى
باعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال ابو حنيفة
والثوري وجماعة وقال الشافعي واحمد وابو ثور وداود واكثر فقهاء
المدينة من اصحاب مالك وغيره ولي المقتول بالخيار ان شاء اقتص وان شاء
اخذ الدية رضي القاتل او لم يرض وروى ذلك اشهب عن مالك الا ان المشهور
عنه هي الرواية الثابتة فعمدة مالك في الرواية المشهورة عنه حديث
انس بن مالك في قصة سن الربيع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب
الله القصاص فعلم بدليل الخطاب انه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثاني
حديث ابي هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين ان ياخذ الدية
وبين ان يعفو وهما حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة
في انه ليس له الا القصاص والثاني نص في اثبات الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع
دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير الى الحديث الثاني
واجب والجمهور على ان الجمع واجب اذا امكن وانه اولى من الترجيح وايضا فان الله

عز وجل يقول ولا تقتلوا انفسكم واذا قدر المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه
ان يفدي بها احياه اذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتري به اعني انه يقضى
عليه بشرائه فكيف بفداء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول اولياء
صغار وكبار ان يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذا كان
الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة وقد كانت وقعت هذه المسالة
بقرطبة حياة جدي رحمه الله فافتى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهو ان لا ينتظر
الصغير فافتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع اهل زمانه ذلك عليه
لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع في ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب
وهو موجود بايدي الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين في العفو والقصاص
والنظر في العفو في شيئين احدهما من له العفو ممن ليس له وترتيب اهل الدم
في ذلك وهل يكون له العفو في الدية ام لا وقد تكلمنا في هل له العفو عن الدية واما
من له العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة
عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا ان المقتول عمدا اذا كان له بنون
بالغون فعفا احدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا في اختلاف
البنات مع البنين والاخوة في القصاص وضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك
الام في الزوج والزوجة وقال ابو حنيفة والثوري واحمد والشافعي كل وارث
يعتبر قوله في القصاص وفي اسقاط حظه من الدية وفي الاخذ به قال الشافعي يعني الغائب
منهم والحاضر والصغير والكبير وعمدة هؤلاء اعتبارهم بالدية وعمدة الفريق الاول
ان الولاية انما هي للذكران دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمدا اذا عفا
عن دمه قبل ان يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك المقتول خطأ اذا عفا
عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وابو
حنيفة والاوزاعي وهو احد قولي الشافعي وقالت طائفة لا يلزم عفوه وللاولياء
القصاص او العفو وممن قال به ابو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه
الطائفة ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام في كل
مقتول سوى عفا عن دمه قبل الموت او لم يعف وعمدة الجمهور ان الشيء الذي جعل

للولي

للولي انما هو حق المقتول فناب فيه منابه واقيم مقامه فكان المقتول احق بالخيار
من الذي اقيم مقامه بعد موته وقد اجمع اهل العلم ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة
له ان المراد هنا بالمتصدق هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود
الضمير في قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن راى ان توبته وقيل على المقتول من ذنوبه
وخطاياه واما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي
وابو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار انه واهب مالا بعد موته فلم يجز الا في الثلث اجازة
الوصية وعمدة الثانية انه اذا كان له ان يعفو عن الدم فهو احرى ان يعفو عن المال وهذه
اخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجراحة فمات منها هل للاولياء
ان يطلبوا بدمه ام لا فقال مالك لهم ذلك الا ان يقول عفوت عن الجراح وعما تؤول اليه
وقال ابو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحة
عفو عن الدية كلها واختار المزني من قولي الشافعي ومنع من قال يلزم من الدية ما بقي منها
بعد اسقاط دية الجرح الذي عفا عنه وهو قول الثوري واما من يرى انه لا يعفو عن دم
ليس بعد ممكن [illegible] انه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان عفوه
عن الدم لا يسقط حق الولي فاحرى ان يسقط عفوه عن الجرح واختلفوا في القاتل عمدا
يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق ام لا فقال مالك والليث انه يجلد مائة ويسجن
سنة وبه قال اهل المدينة وروي ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي واحمد واسحق
وابو ثور لا يجب عليه ذلك قال ابو ثور الا ان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام
على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الاولى الا اثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع
ان التحديد لا يكون في ذلك الا بتوقيف ولا توقيف ثابت في ذلك

القول في القصاص

والنظر في القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص
في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة
التي قتل بها فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ومن قتل بضرب بحجر قتل بحجر وبه قال مالك
والشافعي قالوا الا ان يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له اروح واختلف اصحاب
مالك فيمن حرق اخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك في اعتبار صورة القتل كذلك فيمن

قتل بالسم وقال ابو حنيفة واصحابه باي وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ما روي
الحسن البصري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الاول
حديث انس ان يهوديا رضخ راس امراة بحجر فرضخ النبي عليه السلام راسه بحجر
وقال الحجة بين قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والقصاص يقتضي المماثلة
واما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولي الدم وقد قيل انه لا يمكن منه
لمكان العداوة مخافة ان يجور فيه واما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته
والاعذار الى القاتل في الدليل بموجبها واختلفوا هل من شرط القصاص ان لا يكون
الموضع الحرم واجمعوا على الحامل اذا قتلت عمدا انه لا يقاد منها حتى تضع حملها

كتاب الجراح

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص او الدية او العفو
ومنها ما فيه الدية او العفو ولنبدا بما فيه القصاص والنظر ايضا ها هنا في شروط
الجارح والجرح الذي يجب به القصاص والمجروح وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص وفي
بدله ان كان له بدل فيشترط في الجارح ان يكون مكلفا كما يشترط في القاتل
وهو ان يكون عاقلا بالغا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وان
يكون كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر واقله خمسة عشر وبه
قال الشافعي [illegible] بلا خلاف ان الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان
مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضو واحد فقال اهل الظاهر
لا يقطع يدان بيد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد الواحدة كما
يقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس و
[illegible] فقالوا لا تقطع اعضاء بعضو ويقتل انفس بنفس وعندهم ان الاطراف
تتبعض وازهاق النفس لا يتبعض واختلف في الانبات فقال الشافعي هو بلوغ بلا
خلاف واختلف المذهب فيه بالحدود فقيل هو بلوغ فيها [illegible] هذا
كله حديث ابن عمر انه عرض يوم الخندق وهو ابن اربع عشرة سنة فلم يقبله
وقبله يوم احد وهو ابن خمس عشرة سنة واما المجروح فانه يشترط فيه ان يكون
دمه مكافئا لدم الجارح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر اما العبد والحر

فانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كما اختلفوا في النفس فمنهم من راى انه لا يقتص
من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ومنهم من راى انه يقتص من كل واحد
منهما لكل واحد منهما ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الادنى
للاعلى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان
والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه حال العبيد مع الاحرار واما
حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيه ثلاثة اقوال احدها ان القصاص بينهم في النفس
وما دونها وهو قول مالك والشافعي وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب والقول
الثاني انه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح كالبهيمة وهو قول الحسن وابن
شبرمة وجماعة والثالث ان القصاص بينهم في النفس دون ما دونها وبه قال ابو
حنيفة والثوري وروي ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله والعبد
بالعبد وعمدة الحنفية ما روي عن عمران ان عبدا لقوم فقراء قطع
اذن عبد لقوم اغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا
هو حكم النفس واما الجراح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه العمد اعني الجرح
الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو ان يكون يتلف فيه جارحة من جوارح المجروح
او لا يتلف فان كان مما لا يتلف جارحة فالعمد فيه ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح
غالبا واما ان جرحه على وجه اللعب بما لا يجرح به غالبا او على وجه الادب فيشبه
ان يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لا يقتل
غالبا فان ابا حنيفة يعتبر الالة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ و[illegible]
[illegible] الخلاف هل فيه القصاص او الدية ان كان الجرح مما فيه دية واما ان كان الجرح قد اتلف
جارحة من جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد ايضا بلا خلاف وفي تمييز العمد
منه من غير العمد خلاف اما اذا ضربه على العضو نفسه وضربه بالة تقطع
العضو غالبا او ضربه على وجه النائرة فلا خلاف ان فيه القصاص واما ان ضربه بلطمة
او سوط وما اشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه
فيفقا عينه فالذي عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في

مالك وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا
في الأب مع ابنه وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلا أن شبه العمد إنما
هو في النفس لا في الجرح وأما إن جرحه فأتلف عضوا من أعضائه ففيه
قولان أحدهما وجوب القصاص والثاني نفيه وما يجب على هذا من التغليظ
فيه قولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعني فيما فيه دية وكذلك
إذا كان جرحه لا دية فيه الخلاف وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت
على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص ولم يختلف في ذلك في النفس وإنما اختلفوا
لقوله إنما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة
والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح
التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك
وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال القصاص فيها ومرة قال الدية وكذلك
الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي من القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب
بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل مثل أن يفقأ
أعمى عين بصير واختلفوا من هذا في الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال
الجمهور إن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود واختلفوا إذا عفى عن
القود فقال قوم إن أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل
ليس له إلا نصف الدية وبه أيضا قال الشافعي وهو أيضا منقول عن مالك وبقول
الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال
الكوفيون ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود وما اصطلحا عليه وقد قيل
لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة وروي هذا عن ابن المسيب وعن عثمان
وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقأها فقد فقأ اثنتين وكأنه
اقتص من اثنتين بواحدة وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا أراد القود [illegible] به
كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة وقد قال له القود وجعل
الدية نصف الدية فهو خارج لا أصله فيما ما له فإنه يرى والله أعلم وأما هل
المجروح يخير بين القصاص وأخذ الدية أو ليس له إلا القصاص فقط إلا أن
يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل

ولذلك حكي عن مالك في الأعور يفقأ عين الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ
الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك وأما متى يستقاد من الجراح فعند
مالك أنه لا يقاد من جرح إلا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور والشافعي
تمسك بالظاهر ومالك رأى أن يعتبر ما يؤول إليه أمر الجرح مخافة أن يفضي إلى إتلاف النفس
واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف
لا شيء على المقتص وروي عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة
والثوري وابن أبي ليلى وجماعة إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي
في ماله وقال عثمان البتي الذي يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول
ابن مسعود وعمدة الفريق الأول إجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شيء
على الذي قطع يده وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا قود عند مالك
في الحر الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه وقد قيل المكان فيشترط
في جواز القصاص وهو حكم الجرح فأما ما هو حكم العمد في الجنايات على النفوس والأبدان
فيتعلق أن يصير إلى حكم الخطأ في ذلك وينتقل بحكم البعض

القول في ديات النفس

الأصل في هذا الباب قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة
ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا والديات تختلف في الشريعة الإسلامية بحسب
اختلاف الدماء وبحسب اختلاف أحوال الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضا بحسب
الدار حين ... وأما من يلزمه القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية
هو في موجبها أعني في أي قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب
وعلى من تجب فأما في أي قتل تجب فإنهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد
الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول
فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه
ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد مثل اختلافهم في تضمين الراكب
والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على
أهل الإبل مائة من الإبل وهو مذهب مالك ثلاث ديات دية العمد إذا قبلت ودية
الخطأ ودية شبه العمد وهي عند مالك في الأشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه وأما

الشافعي فالدية عندهما اثنان مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة
دية العمد ودية شبه العمد وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان دية الخطأ
ودية شبه العمد وليس عنده في العمد دية وإنما الواجب عنده في العمد
ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لأنه
إذا لم تلزمه الدية عنده إلا بالاصطلاح فلا معنى لتسميتها دية إلا ما روي عنه
أنه تكون مؤجلة كدية الخطأ فمنها يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه
ودية العمد عنده أرباع خمسة وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت
لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب
وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون
خلفة وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور إلا في مثل فعل المدلجي
بابنه وعند الشافعي وعطاء أنها تكون في شبه العمد أثلاثا أيضا وروي ذلك عن عمر وزيد
بن ثابت وقال أبو ثور الدية في العمد إذا عفي ولي الدم أخماسا كدية الخطأ
واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ فقال مالك والشافعي هي أخماس عشرون
ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكرا وعشرون حقة
وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه
أعني بالتخميس إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض وروي عن ابن مسعود
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون
ابن مخاض ذكورا وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل
لهذا الحديث أبو عمر بأنه روي عن خشيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول
قال والأحب إلي في ذلك الرواية عن علي لأنه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف
عن ابن مسعود قال القاضي هذا هو مشهور أقوالهم في الدية التي تكون من الإبل على
أهل الإبل وأما أهل الذهب والورق فإنهم اختلفوا أيضا فيما يجب عليهم من ذلك
فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم وقال
أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يؤخذ من أهل

صح شبه

الذهب

الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغا ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول
مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف
دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضا
عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم وإجماعهم على تقويم المثقال بها وأما الشافعي
فيقول إن الأصل في الدية إنما هو مائة بعير وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على
أهل الذهب واثني عشر ألف درهم على أهل الورق لأن ذلك كان قيمة الإبل من
الذهب في زمانه والحجة له ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه
قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية
آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال وكان ذلك
حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال إن الإبل قد غلت ففرضها عمر على أهل
الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي
بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم
يرفع فيها شيئا واحتج بعض الناس لمالك أنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك
دينا بدين لإجماعهم على أن الدية في الخطأ مؤجلة إلى ثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة
والشافعي وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل والذهب و
الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون يوضع
على أهل الشاء ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة
وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وأما مسنده فأبو بكر بن
أبي شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس
في أموالهم ما كانت على أهل الإبل مائة بعير وعلى أهل الشاء ألفا شاة وعلى
أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وما روي عن عمر بن عبد
العزيز أنه كتب إلى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
مائة بعير قال فإن كان الذي أصابه من الأعراب فديته من الإبل لا يكلف الأعرابي الذهب
ولا الورق فإن لم يجد الأعرابي مائة من الإبل فعدلها من الشاء ألفا شاة ولأن أهل العراق
قد رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فصار عمدة الفريق
الأول أنه لو جاز أن يقوم بالشاء والبقر لجاز أن يقوم بالطعام على أهل الطعام وبالخيل

على اهل الخيل وهذه الاقوال بين واحد والنظر في الدية كما قلنا هو في نوعها وفي مقدارها
وفيما تجب ومتى تجب اما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين
واما على من تجب فلا خلاف بينهم ان دية الخطا تجب على العاقلة وانه حكم مخصوص
من عموم قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ومن قوله عليه السلام لابي رمثة
لولده لا يجني عليك ولا تجني عليه واما دية العمد فجمهورهم على انها ليست
على العاقلة لما روي عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة انه قال لا تحمل
العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا في عمد وجمهورهم على انها لا تحمل
من اصاب نفسه خطا وشذ الاوزاعي فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه
فعلى عاقلته الدية وكذلك الحكم عندهم في فقء الاعضاء وروي عن عمر ان رجلا فقأ
عين نفسه خطا فقضى له عمر بديتها واختلفوا في دية العمد في الدية المغلظة
على قول من يراها واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب فقال مالك
وابو حنيفة وجماعة انه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي
في ماله وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه
شبه المخطئ اوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عامد
وصبي والذين اوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على
من تكون فقال الشافعي على الصبي في ماله وقال مالك على العاقلة واما
ابو حنيفة فيرى ان لا قصاص بينهما واما متى تجب فانهم اتفقوا على ان دية الخطا
مؤجلة في ثلاث سنين واما دية العمد فحالة الا ان يصطلحا واما من هم
العاقلة فان جمهور العلماء واهل الحجاز اتفقوا على ان العاقلة هي القرابة
من قبل الاب وهم العصبة دون اهل الديوان وتتحمل الموالي العقل عند جمهورهم
اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالي عصبة وليس فيما يجب على
واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الغني دينار وعلى الفقير نصف
دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بني
ابيه ثم من بني جده ثم من بني بني ابيه وقال ابو حنيفة واصحابه العاقلة
اهل ديوانه ان كان من اهل ديوان وعمدة اهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمن

رسول

رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان ابي بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان
في زمان عمر بن الخطاب وعمدة الكوفيين حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال لا حلف في الاسلام وايما حلف كان في الجاهلية فلم يزده الاسلام الا قوة
وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحليف واختلفوا
في جناية من لا عصبة له ولا موالي وهم السائبة اذا جنى خطا هل يكون عليه عقل
ام لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالي ليس على السائبة عقل وكذلك
لا يجعل العقل على المولى وهو داود واصحابه وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله
في بيت المال ومن قال ان السائبة يتولى من شاء جعل عقله للذي والاه وكل هذه الا
تاويل قد حكيته عن السلف والديات قد قلنا انها تختلف بحسب اختلافهم في
المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية اما دية
المراة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا
فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ما سياتي القول فيه في ديات الجراح
والاعضاء واما ديات اهل الذمة اذا قتلوا خطا فان للعلماء في ذلك ثلاثة
اقوال احدها ان ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران
المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى
هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثاني ان ديتهم
ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن
عفان وقال به جماعة من التابعين والقول الثالث ان ديتهم مثل دية المسلمين
وبه قال ابو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروي عن ابن مسعود وقد روي
عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روي من حديث
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر
نصف دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة ومن السنة ما رواه معمر
عن الزهري قال دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم قال وكانت

كذا كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان وعلي حتى كان
معاوية فجعل في بيت المال نصفها واعطى اهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد
العزيز بنصف الدية والغى الذي كان جعله معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يقض لي
ان اذكر بذلك عمر بن عبد العزيز وقال ابو حنيفة وتقوم ما لم تجاوز بقيمة العبد الدية وقالت
طائفة من فقهاء اهل الكوفة فيه الدية لا يزاد بها على دية الحر ينقص منها شيئا وعمدة
الحنفية ان الرق حال نقص فوجب الا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من اوجب قيمته
الدية ولا كرامة من جهة الحر انه مكلف فانه موجب ان يكون الحكم واحدا بالنوع
لما فضل على الحر اهل الحر في الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه انها تكون
على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه اعني في دية الخطأ لم يقل به احد وعمدة
مالك انه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة اصله سائر الاموال واختلف في الواجب
في العمد على من يجب فقال ابو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاشهر عن الشافعي
وقال مالك هو على القاتل بنفسه تشبيها العبد بالعروض وعمدة الشافعي
قياسه على الحر ومما يدخل في هذا الباب من انواع الخطأ دية الجنين وذلك
ان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضا وانما هو عمد في امه خطأ
فيه والنظر في هذا الباب هو في الواجب في ضروب الاجنة وصفة الجنين الذي يجب
فيها الدية الواجبة وعلى من تجب في ذلك ولمن الواجب فاما الاجنة فانهم اتفقوا
على الواجب في جنين الحرة وجنين الامة وسببه هل هو عن ما ثبت عنه صلى
الله عليه وسلم من حديث ابي هريرة وغيره ان امراتين من هذيل رمت احداهما
الاخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه بغرة عبد
او وليدة واتفقوا على ان قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من راى ان الغرة في ذلك
مقدرة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية امه الا ان من راى
ان الدية الكاملة على اهل الدراهم هي عشرة الاف درهم قال دية الجنين
خمسمائة درهم ومن راى انها اثنا عشر الف درهم قال ستمائة والذين
لم يحدوا في ذلك حدا ولم يجروها مجرى القيمة واجازوا اخراج قيمتها

عنها

عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغا ما بلغت وقال داود واهل الظاهر كل ما
وقع عليه اسم غرة اجزى ولا تجزى عندهم القيمة في ذلك فيما احسب واختلفوا
في الواجب في جنين الامة وفي جنين الكتابية فذهب مالك والشافعي ان في جنين الامة
عشر قيمة امه ذكرا كان او انثى يوم يجني عليه ومن فرق فيه بين الذكر والانثى فقالوا
ان كان ذكرا ففيه عشر قيمة امه وان كان انثى فعشر قيمته لو كان حيا وبه قال ابو
حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حيا ان فيه قيمته وقال ابو
يوسف في جنين الامة اذا سقط ميتا فيه ما نقص من قيمة امه واما جنين
الذمية فقال مالك والشافعي وابو حنيفة فيه عشر دية امه الا ان ابا حنيفة
على اصله في ان دية الذمي دية المسلم والشافعي على اصله في ان دية الذمي ثلث دية
المسلم ومالك على اصله في ان دية الذمي نصف دية المسلم واما صفة الجنين فانهم
اتفقوا على ان من شرطه ان يخرج الجنين ميتا ولا تموت امه من الضرب واختلفوا
اذا ماتت امه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال مالك والشافعي لا شيء فيه
وقال اشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهري واختلفوا من
هذا الباب في وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا او ميتا فذهب
مالك واصحابه في العادة ان علامة الحياة الاستهلال بالصياح او البكاء وقال
الشافعي وابو حنيفة والثوري واكثر الفقهاء كل ما علمت به حياته في العادة
من حركة او عطاس او تنفس فاحكامه احكام الحي وهو الاظهر واختلفوا
من هذا الباب في الصفة التي توجب الغرة فقال مالك كل ما طرحته من مضغة
او علقة مما يعلم انه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين
الخلقة والاجود ان يعتبر نفخ الروح فيه اعني ان تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة
قد كانت وجدت واما على من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم
مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال اخرون هي على
العاقلة وممن قال بذلك الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم
انها جناية خطأ فوجبت على العاقلة ولما روي ايضا عن جابر بن عبد الله

ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضاربة وبرا زوجها وولدها
فشبهها بدية العمد اذا كان الضرب عمدا واما من تجب فقال مالك والشافعي
وابو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في انها موروثة وقال ربيعة
والليث هي للام خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من اعضائها ومن المسائل
التي اختلفوا فيها في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي
الى ان فيه الكفارة وذهب ابو حنيفة الى انه ليس فيها كفارة واستحسنها
مالك ولم يوجبها فالشافعي اوجبها لان الكفارة عنده في العمد والخطا
واما ابو حنيفة فلانه غلب عليه حكم العمد والكفارة عنده لا تجب في العمد
واما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطا وكان
هذا مترددا بين العمد والخطا استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن انواع
الخطا المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد فقال
الجمهور هم ضامنون لما اصابت الدابة واحتجوا في قضاء عمر على الذي اجرى
فرسه فوطئ آخر بالعقل وقال اهل الظاهر لا ضمان على احد في جرح العجماء
واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث ابي هريرة
انه عليه السلام قال جرح العجماء جبار والبير جبار والمعدن جبار وفي الركاز
الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا
قائد لانهم راوا انه اذا اصابت الدابة احدا وعليها راكب او لها سائق او قائد
فان الراكب لها او السائق او القائد هو المصيب ولكن خطا واختلف
الجمهور فيما اصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب
الدابة بالدابة شيئا يبعثها به على ان ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن
ما اصابت بيدها وبرجلها وبه قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى وسوى بين
الضمان برجلها وبغير رجلها قال ابو حنيفة الا انه استثنى الرمحة
بالرجل او بالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روي عنه
صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي

ووداه اكثر العلماء على ان من حفر بيرا في موضع فيه انصات متعديا فقال مالك ان حفر حيث
موضع جرت العادة بالحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث
في ... ان ... لم يضمن وان حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع
الخطا وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان وقفها حيث يجب له ان
يقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يضمن في
كل حال وليس يخرجه ان يكون موقفها حيث يجوز له ان يوقفها فيه كما لا يخرجه ركوبها
ضامن لما اصابته وان كان الركوب مباحا واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت
كل واحد منهما فقال مالك وابو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر
دية الآخر على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه
لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه واجمعوا على ان الطبيب
اذا اخطا لزمته الدية مثل ان يقطع الحشفة في الختان وما اشبه ذلك لانه
في معنى الجاني خطا وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان
من اهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد
في ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية
فيما اخطا الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن اهل العلم من جعله
في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث
عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الخطا
واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العمد خطا فاوجبها مالك في الخطا
الخطا دون العمد واوجبها الشافعي في العمد من طريق الاولى والاحرى وعند
مالك ان العمد في هذا حكمه حكم الخطا واختلفوا في تغليظ الدية
في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وابو حنيفة وابن ابي ليلى لا تغلظ
فيهما وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وحجتهم ما روي عن ابن عمر

وابن شهاب وغيرهم انه ان ادى فيها مثل ثلثها وروي ذلك عن عمر وذكر ذلك عنه الشافعي
من قبله ارى محمول عمدة مالك وابي حنيفة محمول الموضع في توقيف الديات يجري على
في ذلك تخصيصها بعلته الدليل على انه قد اجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما
وعمدة الشافعي ان ذلك مروي عن عمر وعن عثمان وابن عباس واذا روي عن الصحابة
شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس ان التغليظ
فيما وقع خطأ بعيد عن اصول الشرع والفريق الثاني ان يقولوا انه قد يتقدم في ذلك
قياس ما ثبت في الشرع من تعظيم الجرح واختصاصه بهما لزمن الصوم

القول في الديات الواجبة فيما دون النفس والاشياء التي

تجب فيها الديات في دون النفس هي شجاج واعضاء فلنبدأ بالقول في الشجاج والنظر
في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدر الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن
تجب فاما محل الوجوب فهي الشجاج او قطع الاعضاء والشجاج عشرة في اللغة
والفقهاء وهي الدامية ثم الحارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع
اللحم اي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي اخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ
السمحاق وهي الغشاوة التي بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر
ثم الموضحة وهي التي توضح العظم اي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم
المنقلة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل الى الدماغ والجائفة هي
التي تصل الى الجوف واسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع منها بالوجه والراس
دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه اسماء هذه الشجاج
واما احكامها اعني الواجب فيها فاتفق العلماء على ان العقل واقع في الموضحة وما
دون الموضحة خطأ واتفقوا على انه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وانما
فيه حكومة قال بعضهم اجرة الطبيب الا ما روي عن عمر وعثمان انهما قضيا في
السمحاق بنصف دية الموضحة وروي عن علي انه قضى فيها باربع من الابل وروي
عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة ابعرة

نصف دية الموضحة

وفي

وفي السمحاق اربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرناه وذلك ان الاصل في الجراح
الحكومة الا ما وقفت فيه حكومة حدا وملكه يعتبر في الراي الحكومة فيما دون
الموضحة ان برئ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيه الحكومة الا ما وقفت فيه
حكومة حدا وملكه يعتبر في الراي الحكومة ان برئ على شين او لم تبرأ فهذه هي
احكام ما دون الموضحة فاما الموضحة فجميع الفقهاء على ان فيها اذا كانت
خطأ خمسا من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتاب
عمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال في الموضحة خمس خمس من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة
من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب
الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الراس والجبهة والخدين
واللحي الاعلى ولا يكون في اللحي الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الانف واما الشافعي
وابو حنيفة فالموضحة عندهم في جميع الوجه والراس والجمهور على انها لا
تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعي اذا
كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والراس وروي عن عمر انه قال
في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو واختلف بعض العلماء في موضحة
وجه تبرأ على شين هل يزاد فيها مثل نصف عقلها زائدا الى عقلها وروى ذلك
مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك جميعا فقال بقول سليمان
بن يسار ومرة قال لا يزاد فيها على عقلها شيء وبه قال الجمهور وقد قيل عنه
انه اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عنده ما نقص
من قيمته ان لو كان عبدا واما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروي
ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة وقال بعض العلماء الهاشمة هي المنقلة وشذ
واما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فاما اذا كانت
عمدا فجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لمكان الخوف وحكي عن ابن الزبير انه اقاد منها
واما المأمومة واما الهاشمة في العمد فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس فيها قود وقيل

لمكان الخوف وحكي عن ابن الزبير انه اقاد منها ومن المامومة واما الهاشمة في العمد
فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس فيها قود ومن اجاز القود في المنقلة كان احرى ان يجيز
في الهاشمة واما المامومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية الا
ما حكي عن ابن الزبير واما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الراس
وانه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن
واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى الجوف فحكى مالك عن سعيد
بن المسيب ان في كل جراح نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اي عضو كان ثلث دية
ذلك العضو وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهذا الذي اختاره مالك
لان القياس عنده في هذا لا يسوغ وانما عمدته في ذلك الاجتهاد عن سعيد توقيفا واما
سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روي عن عمر في موضحة الجسد واما
الجراحات تقع في سائر الجسد فليس فيها الا حكومة **القول**
في ديات الاعضاء والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود
وهو الذي يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن
ابيه ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في
العقول ان في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا اوعب جدعا مائة من الابل
وفي المامومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفي اليد خمسون
وفي الرجل خمسون وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفي السن خمس
وفي الموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيهما
على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم تذكر ههنا قياسا وعلى ما ذكر فنقول
ان العلماء اجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان في كل واحدة
منهما نصف الدية وروي عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الدية لانها تحبس
الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها اعظم من حركة الشفة
العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وائمة الفتوى
متفقون على ان في كل زوج من الانسان الدية ما عدا الحاجبين وثدي الرجل واختلفوا
في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري والليث

اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترط ذهاب السمع بل جعل في ذهاب السمع
الدية مفردة واما مالك فالمشهور عنده انها لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما
فان لم يذهب ففيهما حكومة وروي عن ابي بكر انه قضى في الاذنين اذا اصطلمتا
بنصف الدية واما جمهور العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية واما
الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية
وكذلك في اشفار العين وليس عند مالك في ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ما روي
عن ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا
عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك ان هذا لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف
فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا فان الحواجب ليست اعضاء لها
منفعة وانما هي تدل على صورة زائدة في الخلقة واما الاجفان ففيها في كل جفن منها ربع الدية
عند الشافعي والكوفيين لانه لا بقاء للعين دون الاجفان وفي الجفنين الاسفلين عند
غيرهما الثلث وفي الاعليين الثلثان واجمعوا على ان من اصيب من اطرافه اكثر من ديته
ان له الدية كاملة مثل ان تصيب عينيه وانفه ويديه فله ديتان واما الانثيان فانه قال في البيضة اليسرى
ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية وهذه مسائل الاعضاء المزدوجة واما
المفردة فان جمهورهم على ان في اللسان خطأ الدية وفي الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم
وفي اللسان اذا قطع كله او قطع منه ما منع الكلام فان قطع منه ما لا يمنع الكلام ففيه
حكومة واختلفوا في القصاص فيه عمدا فمنهم من لم ير فيه قصاصا واوجب الدية وهم
مالك والشافعي والكوفيون الا ان الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفيون ومالك وابا ها على
العاقلة وقال الليث وغيره في اللسان عمدا القصاص واما الانف فاجمعوا على انه اذا
اوعب جدعه الدية على ما جاء في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم او لم يذهب وعنده
انه ان ذهب احدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الاخر دية كاملة واجمعوا
على ان في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العنين والخصي
كما اختلفوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فمنهم من جعل فيه الدية ومنهم من جعل
فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور انه

الا ان اذهب سمعهما فان لم يذهب ففيهما حكومة

وفي اليمنى

حكومة واقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم فيما بقي من الذكر حكومة
واما عين الاعور فللعلماء فيها قولان احدهما ان فيها الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة
من اهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعي
وابو حنيفة والثوري فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروي عن
جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة
العينين جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم اعني
عموم قوله وفي العين نصف الدية وقياسا ايضا على اجماعهم انه ليس على من قطع يد
من له يد واحدة الا نصف الدية وسبب الخلاف في هذا معارضة العموم للقياس
ومعارضة القياس للقياس ومن حسن ما قيل فيمن ضرب عينه رجل فاذهب بعض
بصرها ما روي من ذلك عن علي رضي الله عنه انه امر بالذي اصيب بعينه بان عصبت
عينه الصحيحة واعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها
فخط عند اول ذلك خطا في الارض وعلم ثم امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت
الصحيحة واعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت
عنه فخط عند اول ما خفيت عنه في الارض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة
وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه قدر ذلك من الدية واعتبر
صدقه في مسافة ذلك بان اختبره العين العليلة والصحيحة بان اختبره ذلك منه من ان اشتبه
في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع القدر واحدا علمنا
انه صادق واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب
بصرها فقال مالك والشافعي وابو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت
فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعي على انه كان ذلك من زيد
تقويما لا توقيتا وروي عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا في
العين القائمة واليد الشلاء والسن السوداء اذا كانوا حرموا منها ثلث الدية وقال
مالك في دية السن اذا اسودت ثم قلعها بعد اسودادها دية واختلف
العلماء في الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان احب فله القود وان

عمدا

عمدا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وبعض ابن القاسم وعلى
القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون
ليس للصحيح الا القود وتقطع عينه الاعور وما احتجوا عليه عمدة من رأى جميع الدية
عليه اذا امتنع عن القود انه لما تجب عليه دية ما ترك له وهي العين العوراء وفيها دية
كاملة عند كثير من اهل العلم ومنهم عمر وعثمان وابن عمر ان عين الاعور اذا فقئت
وجب فيها الف دينار في حقه معنى العينين فلذا اذا عطله وجب عليه الدية وعمدة اولئك
البغداديين الاصل اعني ان العين الواحدة نصف الدية وعمدة ابي حنيفة ان العمد ليس
فيه دية معلومة وهذه المسألة قد تقدمت في باب القود في الجراح وجمهور العلماء
ايضا يقولون مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل اصبع عشرا من
الابل وان الاصابع في ذلك سواء وان في كل انملة ثلث العشر الا الابهام من الاصابع انملتان
الابهام في كل انملة خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال وفي كل اصبع مما هنالك عشر وخرج عمرو وابن شعيب عن ابيه
عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر الدية وهو قول علي وابن مسعود
وفي عمر مع على اهل الورق بحسب ما روي واحد واحد منها في الدية من الورق خمسي
عشر الالف مرة وي انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعنه مرويا عشرة آلاف عشرها
وروي عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع وروي عن عمر بن الخطاب انه قضى
في الابهام والتي يليها بعقل نصف الدية وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التي يليها
بتسع وفي الخنصر بست وروي عن مجاهد انه قال في الابهام خمسة عشر من الابل وفي التي يليها
عشر وفي الوسطى عشر وفي التي يليها ثمان وفي الخنصر سبع واما الترقوة والضلع ففيها
عند جمهور فقهاء الامصار حكومة وروي عن بعض السلف فيها توقيت روى مالك
ان عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل وفي الضلع بجمل وفي الترقوة بجمل
وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء
الامصار انه لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيها الا حكومة وجمهور
فقهاء الامصار على ان في كل سن من اسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس
وروى مالك عن عمر انه قضى في الاضراس بجمل وقال مالك فيما يكون في مقدم الفم واما
التي في مقدم الفم فلا خلاف ان فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس

بعض ان. وروى مالك ان مروان بن الحكم بعث في ذلك الى ابن عباس فقال اتجعل مقدم
الفم مثل الاضراس فقال ابن عباس لو لم تعتبر في ذلك الا بالاصابع عقلها سواء وعمدة الجمهور
في ذلك ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في السن خمس من حديث عمرو بن
حزم وعن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم وموخره وتشبيهها
بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينها
ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه ان يكون من صار
الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التي تثبت
الدية فيها خطأ فيها القود في عمد ما قطع وقلع ما قلع واختلفوا في كسر
ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود ام لا فذهب مالك واصحابه الى القود
في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام
يكسر وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى السن وروي عن ابن عباس انه لا قصاص
في عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر صح ان النبي صلى الله عليه وسلم اقاد في
السن المكسورة من حديث انس وقد روي من حديث ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقد
من العظم المقطوع في غير المفصل الا انه ليس بالقوي وروى مالك ان ابا بكر بن محمد
بن عمرو بن حزم اقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل
في النفس واختلفوا في ديات الشجاج واعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوي
المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى ان يبلغ ثلث الدية فاذا بلغت
ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل اعني في ديات اعضائها واعضائه مثال ذلك
ان في كل اصبع من اصابعها عشرا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون
وفي اربعة عشرون وبه قال مالك واصحابه والليث بن سعد ورواه مالك عن سعيد
بن المسيب وعروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز
وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها
على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قول ابن مسعود وهو مروي عن
عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها واطرافها على
النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي وروي ذلك عن ابن عباس

مسعود الا ان الاشهر عنه هو ما قدمناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعي
والثوري وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو ان دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك
بهذا الاصل حتى يأتي دليل من السماع اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة كون القول بالفرق
بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه ولا عمدة
للفريق الاول الا المراسيل وما روي عن سعيد بن المسيب حين قال له ربيعة بن عبد الرحمن كم
في اربع من اصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها
قال اعراقي انت فقلت بل عالم متثبت او جاهل متعلم قال هي السنة وروي ايضا عن النبي عليه
السلام من مرسل عمرو بن شعيب عن ابيه وحكي عنه وقد رأى قوم ان قول الصحابي اذا خالف
القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضعف
اذ كان يمكن ان يترك القول به لانه لا يرى القياس واما لانه عارضه في ذلك قياس ثان
او قلد في ذلك غيره فهذه هي ديات جراح الاحرار والجناية على اعضائهم الذكور والاناث
واما جراح العبيد وقطع اعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى ان في
جراحهم وقطع اعضائهم ما نقص من ثمنه ومنهم من رأى ان الواجب في ذلك من قيمته قدر
ما في ذلك الجرح من ديته فيكون في موضحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته
وبه قال ابو حنيفة والشافعي وهو قول علي وعمر وقال الاخرون في ذلك كله كل
ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومامومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها من الحر من
ديته عمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر
اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم ان ديات الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على
العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان
العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال ابو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما
فوقه من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة
وقال الشافعي وعثمان البتي تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة
الشافعي ان الاصل هو ان العاقلة هي التي تحمل دية من خطئ من ذلك شيئا
فعليه الدليل وعمدته ولا عمدة للفريق المتقدم الا ان ذلك معمول به ومشهور

كتاب القسامة

اختلف العلماء في القسامة في اربعة مواضع تجري مجرى الاصول

بين وهي هذا الباب **المسألة الأولى** هل يحكم الحاكم بالقسامة أم لا
الثانية إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو رفع مجرد الدعوى
المسألة الثالثة بمن يبدأ بالأيمان المدعين أو المدعى عليهم وحكم عدد
الحالفين **الرابعة** فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعي بالأيمان **المسألة**
الأولى أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الأمصار مالك
والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغيرهم من
فقهاء الأمصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة
وعمر بن عبد العزيز لا يجوز الحكم بها وعمدة الجمهور ما ثبت عنه صلى الله
عليه وسلم من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل
الحديث إلا أنهم اختلفوا في ألفاظه على ما سيأتي بعد وعمدة الفريق الثاني
لنفي وجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها
فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعا أو شاهد حسا وإذا
كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون
في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز
سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فأضب
القوم فقالوا نقول القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما
تقول يا أبا قلابة ونصبني للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب
ورؤوس الأجناد أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم
يروه أكنت ترجمه فقال لا قال أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل بحمص
أنه سرق ولم يروه أكنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فما بالهم إذا شهدوا
أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة
إنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلانا قتله فأقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين
أقسموا ومنها أن من الأصول أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء ومنها أن

الى اربعة

من الأصول البينة على المدعي واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الأحاديث
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول حكم الإسلام ولذلك
قال لهم أتحلفون خمسين يمينا أعني لولاة الدم وهم الأنصار قالوا كيف نحلف ولم
نشاهد قال فيحلف لكم يهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو
كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله عليه السلام هي السنة
قالوا وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق إليها
فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى وأما القائلون بها فعمدتهم مالك في أن
سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة
وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام
الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه
السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق
وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز
مالك شهادة المسلوبين مع مخالفة ذلك للأصول وذلك أن المسلوبين مدعون
المسألة الثانية اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها
فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي والثوري
وجماعة يستحق بها الدية فقط وقال الكوفيون لا يستحق بها إلا دفع الدعوى
على الأصل في أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه
ويغرم الدية فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق
المقسمون أربعة أقوال وعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن
أبي ليلى عن سهل بن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة وفيه فقال لهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم
أو قاتلكم وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو أن الأيمان يوجد لها تأثيرا
في استحقاق الأموال أعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين والشاهد

ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعي عند من
يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه
مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه أيضا إنه لم يسمع من سهل وحديث
بشير بن يسار اختلف في إسناده فأرسله مالك وأسنده غيره قلت
يشبه أن تكون هذه العلل هي السبب في أن لم يخرج هذين الحديثين البخاري
واعتمد غيرهم في القياس في ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال لا قود
بالقسامة ولكن تستحق بها الدية وأما الذين قالوا إنما يستحق
بها دفع الدعوى فعمدتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليهم
والأحاديث التي ذكرناها **المسألة** الثالثة واختلف القائلون
بالقسامة أعني الذين قالوا إنه يستوجب بها المال أو الدم فيمن يبدأ بالأيمان
الخمسين على ما وردت في الآثار فقال الشافعي وأحمد وداود وغيرهم يبدأ
المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة يبدأ المدعى
عليهم بالأيمان وعمدة من بدأ المدعين باليمين حديث مالك عن ابن أبي ليلى
عن سهل بن أبي حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة
بالمدعى عليهم ما خرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير
بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن أبي حثمة وفيه فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم تأتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قال فيحلفون
لكم قالوا لا نرضى بأيمان يهود فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل
دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة قلت وهذا نص في أنه لا يستوجب بالأيمان
الخمسين إلا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود
عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعن رجال من كبراء الأنصار أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين

يمينا

يمينا فأبوا فقال للأنصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله
فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم
وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك
وهو حديث صحيح الإسناد لأنه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة وروى
الكوفيون في ذلك عن عمر أعني أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج
مثله أيضا من تبدئة اليهود بالأيمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم
على مالك بما روي عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك أن عمر
بن الخطاب قال للجهني الذي ادعى دم وليه على رجل من بني سعد وكان أجرى
فرسه فوطئ على إصبع الجهني فنزي منها فمات فقال عمر للذي ادعي عليهم
أتحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها فأبوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا
فأبوا فقضى بعقلها بشطر الدية قالوا والأحاديث هذه أولى من التي روي فيها تبدئة
المدعين بالأيمان لأن الأصل شاهد لأحاديث تبدئة اليمين على المدعى عليه المسألة
الرابعة وهي موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلين بها أنها
لا تجب إلا بشبهة واختلفوا في الشبهة ما هي فقال الشافعي إذا كانت الشبهة في معنى
الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل في محلة
قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين
الأنصار ويهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الأنصار قال
وكذلك لو وجد في ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مختضب بالدم وكذا لو دخل على نفر في بيت فوجد
بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكام أن المدعي محق لقيام تلك الشبهة
وقال مالك بنحو من هذا أعني أنها لا تجب إلا باللوث والشاهد الواحد عنده إذا كان عدلا لوث باتفاق
عند أصحابه واختلفوا إذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد
قتيل متشحطا بدمه وبقربه إنسان بيده حديدة مدماة إلا أن مالكا يرى أن وجود القتيل في
المحلة ليس بلوث وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة وإذا كان ذلك
كذلك لم يبق هاهنا شيء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم
وقال أبو حنيفة وصاحباه إذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل
المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط

محقق

التي اشترط الشافعي ودون وجود الاثر بالقتيل الذي اشترط ابو حنيفة وهو
مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب
ابن حزم قال القسامة تجب وجد قتيلا لا يعرف من قتله اينما وجد فادعى ولاة الدم
على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان
حلفوا على الخطا فالدية وليس يحلف عنده اقل من خمسين رجلا وقال داود لا اقضي
بالقسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد
مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة بجعل قول المقتول فلان
قتلني لوثا يوجب القسامة وكل قال اجمع العلماء على قتله انه لو ثبت موجب القسامة
وعمدة الشبهة ان تبدية المدعين بالايمان من راي في الاصل فان الشبهة عند
هل لا تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعي الا بسبب تعليق الشرع عنده
اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهة فيما يدعيه عن خصمه واما القول بان قول
الدعوى شبهة فضعيف ومعارض للاصول والنص لقوله عليه السلام لو اعطي
الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين
على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس خرجه مسلم في صحيحه واما
احتجاج المالكية في ذلك بقصة بني اسرائيل فضعيف لان التصديق هنالك استند
الى الفعل الخارق للعادة واختلف الذين اوجبوا القود بالقسامة هل يقتل
بها اكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال احمد بن حنبل
وقال اشهب تقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الاولياء وهو ضعيف
وقال المغيرة المخزومي كل من اقسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان
عدلان ان انسانا ضرب اخر وبقي المضروب اياما بعد الضرب ثم مات اقسم اولياء
المقتول انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا في
القسامة في العبد فبعضهم اثبتها وبه قال ابو حنيفة تشبيها بالحر وبعض
نفاها تشبيها بالبهيمة وبه قال مالك والدية عندهم في مال القاتل ولا يحلف
فيها اقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ولا يحلف عنده اقل من اثنين
في العمد ويحلف في الخطا وان نكل عنده احد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية
في حق من لم ينكل اعني حظه منها وقال الزهري ان نكل منهم احد بطلت

الدية

الدية في حق الجميع وهو وجه ومسائل هذا الباب كثيرة والقول في القسامة داخل فيما يثبت
به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولا ذكرنا له هنا على عادة تتبع
وذلك انه يوجد فضلا حكم يختص من اجناس الامور التي تعينوا ان لا وجه
ان تقرر بها الا بحسب واما الفصل الذي يقع اكثر من جنس واحد من اجناس الاشياء
التي يقع فيها القضاء فعندهم نهاية كتاب الاقضية وقد نجمع في معلوم الامرين
جميعا كما فعل مالك في الموطا فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب **كتاب**
احكام الزنا والنظر في اصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي اصناف الزنا
وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه العقوبة **الباب**
الاول فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك
يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة
تدرا الحد مما ليس بشبهة دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها اشهرها منها
الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرا عنه الحد وان ولدت الحق
الولد به وقومت عليه وبه قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال ابو ثور عليه الحد
كاملا اذا علم الحرمة وعمدة الجماعة قوله عليه السلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذي
درا الحد اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه او لا يلزمه ومنها اختلافهم
في الرجل الغازي يطا جارية من الغنم فقال قوم عليه الحد وراى قوم ليس عليه الحد
وهو اشبه والله اعلم ومنها ان يحل الرجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرا
عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة
للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله
صلى الله عليه وسلم للرجل انت ومالك لابيك ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد
لولد الوالد ولاجماعهم على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده وكذلك لو وقع
عليه حملت او لم تحمل لانها قد حرمت على الابن فكانه استهلكها ومن الحجة
لهم ايضا اجماعهم على ان الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن ان يقتص من ابيه وكذلك
كل من كان للابن له وليا ومنها الرجل يطا جارية زوجته اختلف العلماء فيها

على أن هذا أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم
عليه فيغرمها للزوجة إن كانت طاوعته وإن كان استكرهها قومت
عليه وهي حرة وبه قال أحمد وإسحق وهو قول ابن مسعود والأول قول
عمر رواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان
محصنا أو ثيبا وقال قوم عليه التعزير فقط وعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطء
دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في رجل وقع على جارية امرأته أنه إن كان استكرهها
فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها وإن كانت طاوعته فهي له وعليه لسيدتها
مثلها وأيضا فإن له شبهة في مالها بدليل قوله عليه السلام تنكح المرأة لثلاث
فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من
زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك ومنها
ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك
وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت
سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة ومنها
دار الحرب عند من ... يختلف فيه أيضا وبالجملة فالنظر في الشبهات الدارئة
في هذا الباب واكتفى هنا عند مالك بدرء الحد إلا ما انعقد منها على شخص
من بعد التحريم بالقرابة فأما شبهة في الملك فما لا يعذر فيه بالجهل الباب
الثاني والزيادة التي تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون
وثيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث والحدود الإسلامية ثلاثة
رجم وجلد وتغريب فأما الثيب الأحرار المحصنون فإن المسلمين أجمعوا
على أن حدهم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء فإنهم رأوا أن حد كل زان الجلد
وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة
أعني قوله تعالى الزانية والزاني الآية واختلفوا في موضعين أحدهما هل
يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب
عليه الرجم وقال الحسن البصري وإسحق وأحمد وداود الزاني المحصن

يجلد

يجلد ثم يرجم وعمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة
ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرووا أنه جلد واحدا
منهم ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر وذلك أن الحد إنما وضع للزجر
فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة فلم يخص محصنا من غير محصن واحتجوا أيضا بحديث
علي رضي الله عنه خرجه مسلم وغيره أن عليا جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس
ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب
بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة وأما الإحصان فإنهم اتفقوا أنه من شرط الرجم
واختلفوا في شروطه فقال مالك الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة
جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام فإذا زنى
بعد الوطء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق أبو
حنيفة مالكا في هذه الشروط إلا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن يكونا من
الطرفين أعني أن يكون الزاني والزانية حرين ولم يشترط الإسلام الشافعي وعمدة الشافعي
محصنه
ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق على صحته أن النبي صلى الله عليه وسلم
رجم اليهودية واليهودي اللذين زنيا إذ رفع إليه أمرهما اليهود والله عز وجل
يقول وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط وعمدة مالك من طريق المعنى أن الإحصان
عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الإسلام وهذا مبني على أن الوطء في نكاح صحيح هو
مندوب إليه فهذا هو حكم الثيب وأما الأبكار فإن المسلمين أجمعوا على أن حد
البكر في الزنا مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعي
لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان أو أنثى حرا أو عبدا وقال مالك يغرب الرجل
ولا تغرب المرأة وبه قال الأوزاعي ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من أوجب
التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد
مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج أهل الصحاح عن أبي هريرة وزيد بن خالد
الجهني أنهما قالا إن رجلا من الأعراب أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أنشدك

الله الا قضيت لي بكتاب الله فقال الخصم وهو افقه منه نعم اقض بيننا بكتاب
الله وايذن لي ان اتكلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم قل قال ان ابني كان عسيفا على
هذا فزنا بامراته واني اخبرت ان على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة
فسالت اهل العلم فاخبروني انما على ابني جلد مائة وتغريب عام وان على امراة
هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لاقضين بينكما بكتاب
الله الوليدة والغنم رد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا انيس على امراة
هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فامر بها النبي صلى الله عليه وسلم
فرجمت ومن خصص المراة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه راى ان المراة
تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل اعني المصلحي الذي كثيرا ما
يقول به مالك واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبني على رايهم ان الزيادة على
النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد
ولم يغرب وروى الكوفيون عن ابي بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد في هذه الفاحشة
فان العبيد صنفان ذكور واناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا
تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب واختلفوا اذا لم تتزوج فقال الجمهور
فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لا حد عليها وانما عليها
تعزير وروي ذلك عن عمر بن الخطاب والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم
الاحصان في قوله تعالى فاذا احصن فمن فهم من الاحصان التزويج وقال بدليل الخطاب
لا يجلد غير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما في المتزوجة
وغيرها واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث ابي هريرة وزيد بن خالد
الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال
ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير واما الذكر من
العبيد ففقهاء الامصار على ان حده نصف حد الحر قياسا على الامة وقال اهل الظاهر
بل حده مائة جلدة مصيرا الى العموم في قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة
فهذا هو القول في اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد
واحد منهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فاما كيفيتها فمن

مسالة

مشهور المسائل الواقعة الموجبة الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم فقالت
طائفة يحفر له وروي ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين امر برجمها وبه قال ابو ثور
وفيه فلما كان يوم الجمعة اخرجها فحفر لها حفيرة فادخلت فيها واحدق بها الناس يرمونها
فقال ليس هكذا الرجم اني اخاف ان يصيب بعضكم بعضا ولكن صفوا كما تصفون للصلاة
ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما كان منه باقرار فاول من يرجم الامام ثم الناس
وما كان ببينة فاول من يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وابو حنيفة لا يحفر للمرجوم
وخير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للمراة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم
من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة
فرجمناه وقد روى مسلم انه حفر له في اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالاحاديث في
ذلك مختلفة قال احمد اكثر الاحاديث على ان لا حفر وقال مالك يضرب في الحد الظهر وما
يقاربه وقال ابو حنيفة والشافعي يضرب سائر الاعضاء ويتقى الوجه والفرج وزاد
ابو حنيفة الراس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وابي
حنيفة ما عدا القذف على ما سياتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام خلافا لمن
قال انه يقام لظاهر الاية ويستحب عند الجميع ان يحضر الامام عند اقامة الحدود
طائفة من المؤمنين لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين واختلفوا فيما يدل
عليه اسم الطائفة فقال مالك اربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان واما الوقت فان الجمهور على
انه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال احمد واسحاق
واحتجا بحديث عمر انه اقام الحد على قدامة وهو مريض وسبب الخلاف معارضة
الظواهر للمفهوم من الحد وهو ان يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود
فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم
من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرا وكذلك الامر في شدة الحر والبرد

الباب الثالث

وهو معرفة ما تثبت به هذه الفاحشة واجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار
وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء غير المتزوجات اذا ادعين الاستكراه
وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه في
موضعين احدهما عدد الاقرار الذي يلزم به الحد والموضع الثاني هل من شرطه الا يرجع

عن الاقرار حتى يقام عليه الحد واما عدد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالكا والشافعي
يقولان يكفي في وجوب الحد الا باقرار اربعة مرة عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال
داود وابو ثور والطبري وجماعة وقال ابو حنيفة واصحابه وابن ابي ليلى
لا يجب الحد الا باقرار اربع مرات بعد مرة وبه قال احمد واسحق وزاد ابو حنيفة
واصحابه في مجالس متفرقة وعمدة الجمهور ما جاء في حديث ابي هريرة وزيد بن
خالد من قوله عليه السلام اغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يذكر
عددا وعمدة الكوفيين ما ورد في حديث سعيد بن جبير وابن عباس عن النبي عليه
السلام انه رد ماعزا حتى اقر اربع مرات ثم امر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا
وما ورد في بعض الروايات انه اقر مرة ومرتين وثلاثا فتقصير ومن قصر فليس بحجة على
من حفظ؛ واما المسئلة الثانية فمن اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء
يقبل رجوعه الا ابن ابي ليلى وعثمان البتي وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه
واما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان احداهما يقبل وهي المشهورة
والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تاثير الرجوع في الاقرار لما ثبت من تقرير
ماعز وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك ما يجب على من اوجب سقوط الحد با
لرجوع ان يكون التمادي على الاقرار شرطا من شروط الحد وقد روي من طريق ان ماعزا لما
رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال هلا تركتموه لعله يتوب
فيتوب الله عليه بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم
التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد واما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على
انه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط فيهم اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله
تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وان من صفتهم ان يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة
ان يكونوا معاينين لفرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم
على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف في زمان ولا مكان الا ما حكي عن ابي حنيفة
من مسئلة الروايات المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه راها في ركن
من البيت يطاها غير الركن الذي راه فيه الاخر واما اختلافهم في اقامة الحد
بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت به الحد على ما ذكر مالك
في الموطا من حديث عمر وبه قال مالك الا ان يكون جاءت بامارة على استكراهها

بلغ

مثل

مثل ان تكون بكرا فتاتي وهي تدمى او تفضح نفسها وكذلك الامر عندهم اذا ادعت
الزوجية وكانت طارية فيما قالوا وقال ابو حنيفة والشافعي لا يقام
عليه الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية
وان لم تات في دعوى الاستكراه بامارة ولا في دعوى الزوجية ببينة لانها بمنزلة من
اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة ان عليا رضي الله عنه قال
لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا اتاك في نومك قالوا وروي الاثبات عن عمر انه قبل
قول امراة ادعت انها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو
بعد والخلاف بين اهل العلم ان المستكرهة لا حد عليها وانما اختلفوا في وجوب
الصداق لها

كتاب السرقة

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط
المسروق الذي يجب فيه الحد وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة
وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهي اخذ مال الغير مستترا من غير
ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم اجمعوا انه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس
قطع الا اياس بن معاوية فانه اوجب في الخلسة القطع وذلك مروي عن النبي
صلى الله عليه وسلم فقطع الموضع جحود العارية قال احمد واسحق والحديث
حديث عائشة قالت كانت امراة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فامر
النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها فاتى اسامة اهلها فكلم النبي عليه
السلام فقال النبي عليه السلام يا اسامة لا اراك تتكلم في حد من حدود الله ثم
قام النبي صلى الله عليه وسلم خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم
الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت
فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول
وذلك ان المعار مامون وانه لم ياخذ من غير اذن فضلا عن ان ياخذ من
حرز قالوا وفي الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على
ذلك قوله صلى الله عليه وسلم انما هلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف
قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان المخزومية
سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعا الجحود والسرقة وكذلك
وكذلك اجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهرا
السلاح على المسلمين مخيفا للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سياتي

في حد المحارب وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فإنهم اتفقوا أن من شرطه
أن يكون مكلفا وسواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى أو مسلما أو ذميا إلا ما روي
في الصدر الأول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق وروي ذلك عن ابن عباس وعن عثمان
ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى أن
الإجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسألة
عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ولا حجة لمن لم ير
القطع على العبد الآبق إلا تشبيهه سقوط القطع عنه بسقوط شطر الحد عنه أعني الحدود
التي تتشطر في حق العبيد وهو تشبيه ضعيف وأما المكره فلا
ثم إنه مختلف فيه ما الشيء الذي هو النصاب وفي اشتراطه الجمهور على
اشتراطه إلا ما روي عن الحسن البصري أنه قال القطع في قليل المسروق وكثيره
لعموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية وربما
احتجوا بحديث أبي هريرة خرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام
أنه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع
يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط
النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافا كثيرا
إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند إلى أدلة ثابتة هو قولان أحدهما
قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم والثاني هو قول فقهاء العراق
أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار
واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب فقال
مالك في المشهور يقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعني إذا اختلف الثلاثة
دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل أن يكون الربع دينار في وقت
درهمين ونصفا وقال الشافعي الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار
وهو الأصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم إلا أن تساوي
ربع دينار وأما مالك فالدينار والدرهم كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد
روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض إلى الغالب في نقود أهل ذلك
البلد فإن كان الغالب الدراهم قومت عليه بالدراهم وإن كان الغالب الدنانير
قومت بالربع الدينار وأظن أن في المذهب من يقول إن الربع الدينار يقوم

بثلاثة

بن ... سقوط

بثلاثة الدراهم وبقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والأوزاعي وداود وبقول
مالك المشهور قال أحمد أعني بالتقويم بالدراهم وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب
القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه وبه قال جماعة منهم
ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم وقد قيل في أربعة دراهم
وقال عثمان البتي في درهمين وعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة
أوقفه مالك وأسنده البخاري ومسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال القطع في
ربع دينار فصاعدا وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن
قيمة المجن هو عشرة دراهم وروي ذلك في أحاديث قالوا وقد خالف ابن عمر
في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره
وقد روى محمد بن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن إسحاق
عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا وإذا وجد الاختلاف في ثمن المجن
وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث
عائشة وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسألة وجعل الأصل هو
ربع دينار وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي
رواه وأنه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث
عثمان أن الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثني عشر درهما والقطع في
ثلاثة دراهم أحوط للأموال والقطع في عشرة دراهم أخلق في باب الحدود
والحد أشد المال وأشد العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث
عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وممكن على مذهب
غيره فإن كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعي أولى المذاهب
وهذا أحد الشروط المشترطة في القطع واختلفوا من هذا الباب في
جملة أحد الشيء وهو إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصابا دون أن يكون
لكل واحد منهم نصاب وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معا فقال
مالك يقطعون جميعا
يكون عمدا أو ...

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه
كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر المال المسروق
أي أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ الأموال قال يقطع
ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع
أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يغرم المسروق

وقع متى يغرم

فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع وأما الشرط الثاني
في وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك أن جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم
الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وإن كان قد اختلفوا
فيما هو حرز مما ليس بحرز وفي الفعل الذي إذا فعله السارق اتصف بالإخراج
من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب إلى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي
والثوري وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من
سرق النصاب وإن سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده عن النبي عليه السلام أنه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة
جبل فإذا آواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك أيضا
عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث ابن عمرو بن شعيب
وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما
الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها إلا ما خصصته السنة الثابتة
من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع
وردوا حديث عمرو بن شعيب وأما الحرز عند الذين أوجبوه فإنهم اتفقوا
منه على أشياء واختلفوا في أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز
واختلفوا في الأوعية ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير
مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم في الدار المشتركة
فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز يقطع إذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف
ومحمد لا قطع عليه إلا إذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز

حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة هو
حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة وسفيان لا قطع
عليه وروي ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت
العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فمرابط الدواب عنده أحراز وكذلك الأوعية
وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل
في المذهب إنه إن سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس
بحرز وكذلك من يسمى للشيء مخرجا من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان
داخل الحرز أو خارجه وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف
المذهب إذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب
أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج
المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من
الثقب والخلاف في هذا كله والخلاف آيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز
عليه فهذا هو القول في اشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من
الحرز وأخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقيل
إن لم يخرج وقال ابن القاسم يقطع فصل وأما جنس المسروق فإن العلماء
اتفقوا على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فإنه يجب
في سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة والأشياء التي أصلها
مباحة فإنهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى القطع في كل متمول
يجوز بيعه وأخذ العوض منه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا
فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية
الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة
في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر
وذلك أن هذا الحديث روي هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا في منع
القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك أنهم اتفقوا على أن من
شرط المسروق الذي يجب فيه القطع ألا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا

فيما هو شبهة لان الحق فيما ليس بشبهة وهذا هو احد الشروط المشترطة
في المسروق وفي الكلام الذي في المسروق وهو في ثلاثة مواضع هو في جنسه
وقدره وشروطه وستاتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا في هذا الباب
اعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع
سارقه وقال ابو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من رأي ابي حنيفة بناء على انه
لا يجوز بيعه وان لكل واحد فيه حقا اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب
فيمن سرق مملوكا صغيرا او اعجميا ممن لا يفقه ولا يعقل فقال الجمهور
يقطع واما ان كان كبيرا يفقه فقال مالك يقطع وقال ابو حنيفة لا يقطع
واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند ابي
حنيفة وهو قول ابن الماجشون من اصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة
الملك القوية تدرأ هذا الحد واختلفوا فيما يدرأ من ذلك مما لا يدرأ فمنها
العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال
ابو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال اهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه
سيده واشترط مالك في الخادم الذي يدرأ عنه الحد ان يكون يلي الخدمة لسيده
بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه وبدرء الحد قال عمر رضي
الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها احد الزوجين يسرق
من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع
على من سرق من متاع صاحبه وقال الشافعي بالاحتياط لا قطع على احد
الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روي عنه مثل قول مالك
واختاره المزني ومنها القرابات فمذهب مالك فيها انه لا يقطع الاب فيما
سرق من مال الابن لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك ويقطع
ما سواه من القرابات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الاعلى والا
سفل الآباء والاجداد والابناء وابناء الابناء وقال ابو حنيفة لا يقطع
ذو الرحم المحرم وقال ابو ثور يقطع يد كل من سرق الا ما خصصه
الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم او من بيت المال فقال مالك

يقطع

يقطع وقال عبد الملك من اصحابه لا يقطع بهذا القول في الاشياء التي بها يجب
ما يجب في هذه الجناية **القول في الواجب** واما الواجب في هذه الجناية
اذا وجدت بالصفات التي ذكرنا اعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق فانهم
اتفقوا على ان الواجب فيها القطع من جهة انها جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا
هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي واحمد وابو
ثور والليث وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال
بهذا القول ابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى وجماعة وفرق مالك واصحابه فقالوا ان كان موسرا
اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا اثرى واشترط مالك دوام اليسر
الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع في السرقة حقان
حق الله وحق الآدمي فاقتضى كل حق موجبه وايضا فانهم لما اجمعوا على اخذه منه اذا
وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده ان يكون في ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة
الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم السارق اذا اقيم
عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند اهل الحديث قال ابو عمر عندهم مقطوع قال وقد وصله
بعضهم فاخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول
ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا فقطع فيه ثم سرقه ثانية انه
لا يقطع واما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس واما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق
وقد عدم المحل واما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذي عليه
الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا
في ذلك فقال اهل الحجاز والعراق يقطع رجله اليسرى بعد اليمنى وقال بعض اهل الظاهر
وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك و
الشافعي وابو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليمنى هل يقف القطع ان
سرق ثالثة فقال الشعبي وابو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم
فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت
رجله اليمنى وكلا القولين مروي عن عمر وابي بكر اعني قول مالك وابي حنيفة الا انه

المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل ~~اليسرى بعد اليمنى [illegible]~~
اليسرى بعد اليد ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فقطع يده اليمنى ثم الثانية
فقطع رجله ثم أتي به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتي به في الرابعة فقطع رجله
وروي هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله إلا أنه منكر عند
أهل الحديث ويرده قوله عليه السلام هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا
وحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع الرجل بعد اليمنى اليد وعند مالك
أنه يؤدب في الخامسة وإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت شلاء فقيل
في المذهب ينتقل القطع إلى اليد اليسرى وقيل إلى الرجل واختلف في موضع القطع
من القدم فقيل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق وقيل تدخل الكعبان في القطع
وقيل لا تدخل وقيل إنها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب
السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك إلى الإمام لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب
وقوله صلى الله عليه لو كانت فاطمة بنت محمد لأقمت عليها الحد وقوله لصفوان هلا
قبل أن تأتيني به واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد
وهبه صاحب السرقة ما سرقه أو يشتريه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك
والشافعي عليه الحد لأنه قد رفع إلى الإمام وقال أبو حنيفة وطائفة لا حد عليه
وعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان أن صفوان بن
أمية قيل له إنه من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة فنام في المسجد
فتوسد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان
إني لم أرد هذا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم فهلا قبل أن تأتيني به **القول فيما تثبت به السرقة** واتفقوا على أن السرقة
تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت بإقرار الحر واختلفوا في إقرار العبد فقال الجمهور
فقهاء الأمصار إقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب

اقرار العبد

إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وقال به شريح والشعبي وقتادة
وجماعة وإن رجع عن الإقرار إلى شبهة قبل رجوعه وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان
هذا حكم السارق ... والمسائل ... هذا التحصيل ليس يليق بغرضنا إنما هو
لمن يتفقه في المذهب **كتاب القذف** والنظر في هذا الكتاب في القذف
والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والأصل في هذا الكتاب
قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء الآية فأما القاذف
فإنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكرا أو أنثى حرا أو عبدا
مسلما أو غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف
وهي البلوغ والحرية والعفاف والإسلام وأن يكون معه آلة الزنا فإن انخرم من هذه الأوصاف وصف
لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف
ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطيق الوطء وأما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين أحدهما
أن يرمي القاذف المقذوف بالزنا والثاني أن ينفيه من نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا
إن كانت كافرة أو أمة فقال مالك سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد
وقال إبراهيم النخعي لا حد عليه إذا كانت أم المقذوف أمة أو كتابية وهو قياس قول
الشافعي وأبي حنيفة واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أن يكون بلفظ صريح
وجب الحد واختلفوا إن كان بتعريض فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى
لا حد في التعريض إلا أن أبا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة
ابن مسعود وقال مالك وأصحابه في التعريض الحد وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاور
عمر فيها الصحابة فاختلفوا عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف
العادة والاستعمال مقام النص الصريح وإن كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه
أعني مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذي في اللفظ المستعار شبهة
والحدود تدرأ بالشبهات والحق أن الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف
في مواضع وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والشهود عند مالك إذا لم يأتوا أقل من أربعة
وعند غيره ليسوا بقذفة وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل
إذا كانوا أقل من أربعة مما لا يستقل به نقل الشهادة من قبل العدد وأما الحد فالنظر
فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فإنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة
للقاذف الحر لقوله تعالى ثمانين جلدة واختلفوا في العبد القاذف كم حده فقال الجمهور
من فقهاء الأمصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروي ذلك عن الخلفاء الأربعة

وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن
عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار وأبو ثور والأوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر
فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك
بالعموم ولما أجمعوا أيضا أن حد الكتابي ثمانون فكان العبد أحرى وأما التوقيف
فإنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة فعليه حد واحد إذا لم يحد
لواحد منها وأنه إن قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد ثانيا واختلفوا إذا قذف جماعة
فقالت طائفة ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة
والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث
وجماعة حتى روي عن الحسن بن حي أنه قال إن قال إنسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد
الحد لكل من دخلها وقالت طائفة إن جمعهم في كلمة واحدة مثل أن يقول لهم
يا زناة فحد واحد وإن قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل إنسان منهم حد فعمدة
من لم يوجب على قاذف الجماعة إلا حدا واحدا حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية
قذف امرأته بشريك بن سحماء فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فلاعن بينهما
ولم يحده لشريك وذلك إجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى
أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للآدميين وأنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط
الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس
فإنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف لأنه إذا اجتمع تعدد المقذوف
وتعدد القذف كان أولى أن يتعدد الحد وأما سقوطه فإنهم اختلفوا في سقوطه
بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي لا يصح العفو أي لا يسقط
وقال الشافعي يصح العفو أي يسقط الحد بلغ الإمام أو لم يبلغ وقال قوم إن بلغ الإمام
لم يجز العفو وإن لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فمرة قال بقول الشافعي
ومرة قال يجوز إذا لم يبلغ الإمام وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف الستر
على نفسه وهو المشهور عنه والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين
أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو
ومن قال لكليهما وغلب حق الإمام إذا وصل إليه قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا وقياسا
على الأثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المقذوف
إذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد ومن يلحق الحد لا خلاف أن الإمام يقيمه في القذف
واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا إذا تاب

فقال

فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أبدا والسبب
في اختلافهم هل الاستثناء يعود إلى الجملة المتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور وذلك
في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من
بعد ذلك فمن قال يعود إلى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل
شهادته ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال التوبة ترفع الفسق ورد
الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع لأن
الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد **فصل**
وأما بماذا يثبت فإنهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين ذكرين واختلفوا
في مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشاهد وامرأتين وهل يجب في الدعوى
فيه يمين وإن نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعي فهذه هي أصول هذا الباب
التي تنبني عليه فروعه قال القاضي وإن أنسأ الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع
على مذهب مالك بن أنس إذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي
جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا في المذهب لأن إحصاء جميع الروايات
عنه شيء ينقطع العمر دونه **باب** في شرب الخمر والكلام في هذه الجناية في
الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فأما الموجب فاتفقوا على أنه شرب
الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال
أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد على شاربها قليلا كان أو كثيرا
أسكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها السكر وهو الذي يوجب الحد على
شاربها وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والأشربة وأما الواجب
فهو الحد والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وباختلاف في شارب النبيذ عند
من يرى تحريم القليل منه والكثير إلا أنهم اختلفوا في قدر الحد فقال الجمهور
الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون هذا
في حد الحر وأما في حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف
من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي
عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر

في زمانه شرب الخمر وأشار عليه علي بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فإنه
كما قيل عنه رضي الله عنه إذا شرب هذى وإذا هذى افترى وعمدة الفريق الثاني
أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في الخمر حدا وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال
ضربا غير محدود وأن أبا بكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشارب الخمر فقدروه بأربعين
وروي عن أبي سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين أربعين
فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروي من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت
من هذا وهو أن رسول الله ضرب في الخمر أربعين وروي هذا عن علي عن النبي عليه
السلام من طريق أثبت وبه أخذ الشافعي وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا
على أن الإمام يقيمه وكذلك الأمر في سائر الحدود واختلفوا في إقامة السادات
الحدود على عبيدهم فقال يحد السيد عبده حد الزنى وحد القذف إذا شهد
عنده الشهود ولا يفعل ذلك في قطعه وقال الشافعي يقيم السيد على
عبده جميع الحدود وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور وعمدة مالك الحديث
المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال
إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم
بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي
فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من حديث علي
أنه قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولأنه أيضا مروي عن جماعة
من الصحابة ولا مخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي
حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان وروي عن
الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا الجمعة والزكاة والفيء
والحكم إلى السلطان **فصل** وأما بما يثبت هذا الحد فاتفق العلماء
على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال
مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها
عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة

وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا
لا يثبت الحد بالرائحة وعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة
على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشبهة

كتاب الحرابة

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى إنما جزاء الذين
يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا الآية وذلك أن هذه الآية
عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس إنها في المرتدين الذين ارتدوا
في زمان النبي عليه السلام واستاقوا الإبل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه
السلام فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح أنها في المحاربين
لقوله تعالى إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم وليس عدم القدرة عليهم
مشترطة في توبة الكفار فبقي أنها في المحاربين والنظر في أصول هذا
الكتاب ينحصر في خمسة أجناس أحدها النظر في الحرابة والثاني النظر
في المحارب والثالث فيما يجب على المحارب وهو العقوبة والرابع في مسقط
الواجب عنه والخامس بماذا تثبت هذه الجناية

الباب الأول

فأما الحرابة فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر
واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء
واشترط الشافعي الشوكة وإن كان لم يشترط العدد وإنما معنى الشوكة
عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لأن المغالبة إنما
تأتي بالبعد ولذلك يقول الشافعي إنه إذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة
في المصر كانت محاربة فأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة
لا تكون محاربة في المصر

الباب الثاني

فأما المحارب فهو كل من كان
دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمي

الباب الثالث

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على أنه يجب عليه حق الله وحق المخلوقين
واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدي وقطع الأرجل
من خلاف والنفي على ما نص عليه تعالى في آية الحرابة واختلفوا في هذه

الكتاب العقوبات هل هي على التخيير في قتله او مرتبة على قدر جناية المحارب
فقال مالك ان قتل فلا بد من قتله وليس على الامام تخيير في قطعه ولا في نفيه
وانما التخيير في قتله او صلبه واما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه
وانما التخيير في قتله او صلبه او قطعه من خلاف واما اذا اخاف السبيل
فقط فالامام عنده مخير في قتله او صلبه او قطعه او نفيه ومعنى التخيير
عنده ان الامر راجع في ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له
الراي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله او صلبه لان القطع لا يرفع ضرره
وان كان لا راي له وانما هو ذو قوة وباس قطعه من خلاف وان كان
ليس فيه شيء من هاتين الصفتين اخذ بايسر ذلك فيه وهو الضرب
والنفي وذهب الشافعي وابو حنيفة وجماعة من العلماء الى ان هذه
العقوبة هي مرتبة على الجناية المعلوم من الشرع ترتيبها عليها فلا
يقتل من المحاربين الا من قتل ولا يقطع الا من اخذ المال ولا ينفى الا من
لم ياخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق
وسواء قتل او لم يقتل اخذ المال او لم ياخذه وسبب الخلاف هل حرف
او في الاية للتخيير او للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض
من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا في معنى قوله
او يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى
ذلك انه يقتل ويصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل اولا ثم يصلب ويصلى
عليه عنوة قبل الصلب ومن راى انه يقتل في الخشبة فقال بعضهم لا يصلى
عليه وقيل يقف عليه خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون اذا قتل
في الخشبة انزل منها وصلي عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة
فيه قولان وذهب ابو حنيفة واصحابه الى انه لا يبقى على الخشبة اكثر من
ثلاثة ايام واما قوله او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع
يده اليسرى ورجله اليمنى وقال اشهب تقطع يده اليسرى ورجله

اليسرى

اليسرى واختلف ايضا في قوله او ينفوا من الارض فقيل ان النفي هو السجن وقيل
ان النفي هو ان ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى ان تظهر توبته وهو قول ابن القاسم
عن مالك ويكون بين البلدين اقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالاول
قال ابو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لاقامة
الحد عليهم فاما ان ينفى بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعي اما النفي فغير
مقصود ولكن ان هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة
فقيل على هذا ينفى ويسجن وقيل ينفى فقط وكلاهما عن الشافعي وقيل ان معنى
من ارض الاسلام الى ارض الحرب

الباب الرابع

واما ما يسقط الحق الواجب
عليه فان الاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم واختلف
من ذلك في اربعة مواضع احدها هل تقبل توبته ام لا والثاني ان قبلت فما صفة
المحارب الذي تقبل توبته والثالث ما صفة هذه التوبة والرابع ما الذي يسقط
التوبة فاما قبول توبة المحارب فلا خلاف بين اهل العلم في ذلك فقال قوم انه تقبل توبته وهو
الاشهر لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم وقول انه لا تقبل توبته
قاله من قال ان الاية لم تنزل في المحاربين واما صفة التوبة التي تسقط الحكم
فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة اقوال احدها ان توبته تكون بوجهين احدهما
ان يترك ما هو عليه وان لم يات الامام والثاني ان يلقي سلاحه ويات الامام طائعا
وهذا مذهب ابن القاسم والقول الثاني ان توبته انما تكون بترك ما هو عليه ويجلس
في موضعه ويظهر لجيرانه وان اتى الامام قبل ان تظهر توبته اقام عليه الحد وهو
قول ابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجيء الى الامام
وان ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان اخذ قبل ان ياتي الامام
فتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بان ياتي الامام قبل ان يقدر عليه وقيل
انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا
واما صفة المحارب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها ايضا على ثلاثة اقوال
احدها ان يلحق بدار الحرب والثاني ان تكون له فئة والثالث كيف ما كان كانت له
فئة او لم تكن لحق بدار الحرب او لم يلحق واختلف في المحارب اذا امتنع

فأمنه الإمام على أن ينزل فقيل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لا أمان له لأنه إنما
يؤمن المشرك وأما ما يسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال
أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشرب
والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو
أولياء المقتول والثالث أن التوبة ترفع عنه جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء
ومن الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا يتبع في ذممهم والقول الرابع أن التوبة تسقط
جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء ومن الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع
ذممهم والقول الرابع أن التوبة تسقط حقوق الله وحقوق الآدميين من مال
ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده وأما بماذا تثبت هذه الجريمة فبالإقرار
وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم وقال الشافعي
تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم
ما أخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع وفي حكم المحاربين على
التأويل وأما حكم المحاربين على التأويل بأن يحاربوا الإمام فإذا قدر عليهم
لا يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة فإن مالكا قال إن للإمام أن يقتله إن رأى في ذلك
لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب فإن حكمه
حكم البدعي الذي يدعو إلى بدعته قيل يستتاب فإن تاب وإلا قتل وقيل يستتاب
فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمآل ومعنى الكفر
بالمآل أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها
الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا أخذ
وإذا تابوا فإنه يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا
أن يوجد بيده بعينه فيرد إلى ربه وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصا من قتل فقيل يقتل
وهو قول عطاء وأصبغ وقال سحنون وقال ابن الماجشون عن مالك لا يقتل
وبه قال الجمهور لأن كل من قتل على التأويل فليس يقاد منه أصله قتال الصحابة
رضي الله عنهم وهذا الكلام بالحقيقة هو المقرب للمتأول **باب في حكم
المرتد** والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على أنه يقتل لقوله عليه السلام
من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل

وقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور
اعتمد العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وإن راجعت الإسلام وأما
الاستتابة فإن مالكا شرط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما
إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار
الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب إلا أن يسلم وأما إذا أسلم المرتد المحارب وقبل أن
يؤخذ فإنه يختلف في حكمه فإن كانت حرابته في دار الإسلام فإنه يسقط
إسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى في ردته
في دار الإسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر
يوم الجناية وقال قوم حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف من
هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والأصل أن لا يقتل
إلا مع الكفر وبالله التوفيق **كتاب الأقضية** وأصول هذا الباب
ينحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه والثاني في معرفة
فيما يقضي فيه والثالث في معرفة ما يقضي به والرابع في معرفة من يقضي عليه أوله
والخامس في كيفية القضاء والسادس في وقت القضاء **الباب الأول** والنظر
في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فأما الصفات المشترطة
في الجواز فأن يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل في المذهب إن الفسق
يوجب العزل ويمضي ما حكم به واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي
يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو
حنيفة يجوز حكم العامي قال القاضي وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمة الله
عليه في المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة
وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة
الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضيا في الأموال وقال الطبري يجوز
أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم
بينهم اختلافا في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة
الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الأموال

فشبهوها بجواز شهادتها في الأموال ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه
الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى وأما اشتراط الحرية
فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته
وليست شرطا في جواز ولايته وذلك أن من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز
فهذا إذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاستمرار وليست شرطا
في الجواز فهذا إذا ولي القضاء عزل ونفذ ما حكم به إلا أن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم
هذه الثلاث صفات ومن شروط القضاء عند مالك أن يكون واحدا والشافعي يجيز أن يكون
في المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم به وإن شرط اتفاقهما في كل
حكم لم يجز وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال وإذا تنازع
الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقترع عليه عنده وأما فضائل القضاء فكثيرة
وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الأمي هل يجوز أن يكون قاضيا فقال
قوم يجوز وعن الشافعي القولان جميعا لأنه يحتمل أن يكون من الخاصة لموضع العجز
ولا خلاف في جواز حكم الإمام الأعظم وتوليته القاضي شرط شرط في صحة قضائه
لا خلاف أعرف فيه واختلفوا من هذا الباب في حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوالي
على الأحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز وقال أبو حنيفة إذا وافق
حكمه حكم قاضي البلد **الباب الثاني** وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضي يحكم
في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى
وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء وهل يقدم الأئمة في الصلوات الجامعة فيه
خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المذهب إلا أن يؤذن له وليس ينظر
في الجباية ولا في تفريق الكل من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير
عليهم ومن مسائل هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له وإن لم يكن
في نفسه حلالا وذلك أنهم أجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذي يعتري فيه الخطأ لا يحل
حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الأموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام إنما
أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض
فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه

شيئا

شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار واختلفوا في حل النكاح أو عقده بظاهر حكم
الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل أو لا يحل فقال الجمهور الأموال والفروج
في ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا وذلك مثل أن يشهد شاهدا
زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور
لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه تحل
له وعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية أن الحكم باللعان ثابت
بالشرع وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة
على زوجها الملاعن ويحلها لغيره فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم
الحاكم وكذلك إن كانت هي الكاذبة لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر
الفقهاء والجمهور أن الفرقة هاهنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما
كاذب **الباب** الثالث فيما يكون به القضاء والقضاء يكون بأربعة
بالشهادة وباليمين وبالنكول وبالإقرار وبما تركب من هذه ففي هذا الباب
أربعة فصول الأول في الشهادة والنظر في الشهود في ثلاثة في الصفة وفي
الجنس والعدد فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول قول الشاهد فهي
خمسة العدالة والبلوغ والإسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها
متفق عليها ومختلف فيها فأما العدالة فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول
شهادة الشاهد لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا
ذوي عدل منكم واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الإسلام
وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات
وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الإسلام وأن لا تعلم منه جرحة وسبب
الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك أنهم
اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق
بنبإ فتبينوا الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته
إلا من كان فسقه من قبل القذف فإن أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وإن

تاب والجمهور يقولون تقبل وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله عز وجل
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك
يعود الى اقرب مذكور اليه او على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو ان التوبة
لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا واما البلوغ فانهم اتفقوا على انه يشترط حيث
تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي
القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع من شرط
الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة
عند مالك شهادة وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها العدالة المشترطة
الا يفترقوا لئلا يخببوا واختلف اصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير ام لا
ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدالة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل
يشترط فيه الشهود الذكورية ام لا واختلفوا هل تجوز ايضا في القتل الواقع بينهم
ولا عمدة لمالك في هذا الا انه مروي عن ابن الزبير وقال الشافعي بل احتج محتج بهذا
قيل له ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن ابي ليلى وقوم
من التابعين واجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة واما الاسلام
فاتفقوا على انه شرط في القبول وانه لا تجوز شهادة الكفار الا ما اختلفوا فيه
من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا شهادة بينكم اذا حضر
احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او اخران من غيركم الاية فقال ابو
حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك
وراوا ان الاية منسوخة واما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها
في قبول الشهادة وقال اهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو
اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تاثير في الرد الا ان يثبت ذلك من كتاب او
سنة او اجماع وكان الجمهور راوا ان العبودية اثر من اثار الكفر فوجب ان
يكون لها تاثير في رد الشهادة العدل بالتهمة فقال برده في الجملة جمهور
فقهاء الامصار الا انهم اتفقوا في مواضع على اعمال التهمة وفي مواضع على اسقاطها

وفي مواض

وفي مواضع اختلفوا في اعمالها بعضهم واسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة
الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا في تاثير التهمة في
شهادة تهم شهادة الزوجين احدهما للاخر فان مالكا ردها وابو حنيفة واجازها
الشافعي وابو ثور والحسن وقال ابن ابي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا
تقبل شهادتها له وبه قال النخعي ومما اتفقوا على اسقاط التهمة فيها شهادة
الاخ لاخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك وما لم يكن منقطعا الى
اخيه يناله بره وصلته ما عدا الاوزاعي فانه قال لا يجوز ومن هذا الباب اختلا
فهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال ابو حنيفة
تقبل وعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه عليه السلام انه قال
لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه ابو داود من قوله عليه السلام
لا تقبل شهادة بدوي على حضري لهذا هو عندهم من طريق السماع واما
من طريق العقل فلموضع التهمة وقد اجمع الجمهور على تاثيرها في الاحكام الشرعية
مثل اختلافهم على الارث القاتل للمقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وان كان
فيه خلاف واما الطائفة الثانية وهي شريح وابو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة
الابن لابيه فضلا عما سواه اذا كان الابن عدلا وعمدتهم قوله تعالى يا ايها الذين امنوا
كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين والامر
بالشيء يقتضي اجزاء المأمور به الا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه
واما من طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام
الكذب وهذه التهمة انما عملها الشرع في الفاسق ومنع اعمالها في العادل فلا
تجتمع العدالة مع التهمة واما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا
على انه لا يثبت الزنا باقل من اربعة شهود عدول ذكور واتفقوا على انه يثبت
جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري
فانه قال لا تقبل باقل من اربعة شهود تشبيها بالرجم وكل متفق على الحكم
يجب بالشاهدين من غير يمين المدعي الا ابن ابي ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا
على انه يثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامراتين لقوله تعالى فان لم يكونا

رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء. واختلفوا في قبولهما في الحدود فالذي
عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال اهل
الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء اكثر من واحدة في كل شيء على
ظاهر الآية وقال ابو حنيفة تقبل في الاموال وفيما عدا الحدود من احكام الابدان
مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل عند مالك في حكم من احكام
البدن واختلف اصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان المتعلقة بالمال
مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن
القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال اشهب وابن الماجشون
لا يقبل فيه الا رجلان واما شهادة النساء مفردات اعني النساء دون الرجال
فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل
الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في هذا الا في الرضاع فان
ابا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجل لانه عنده من حقوق
الابدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن
مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك وقال مالك
يكفي في ذلك امرأتان مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعي
~~ليس يكفي في ذلك امرأتان مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعي~~
ليس يكفي في ذلك اقل من اربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد
الواحد امرأتين وقال قوم لا يكتفى في ذلك باقل من ثلاث وهو قول لا معنى له
واجاز ابو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان
الظاهرية او بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في شيء كما يجيزون
شهادتهن مع الرجال في كل شيء. **الفصل الثاني** واما الايمان فانهم
اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم يكن للمدعي بينة واختلفوا
هل يثبت بها حق للمدعي في اثبات ما انكره المدعى عليه او ابطال
ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه اسقاطه في الموضع الذي يكون
المدعي اقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا يثبت للمدعي

باليمين

[torn] بينة او يثبت حق
انكره فيه خصمه وسبب اختلافهم تردد مفهوم قوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع او انما خص المدعي بالبينة
والمدعى عليه باليمين لان المدعي في الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى
عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام في كل مدع ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت
باليمين حق ثبت ومن قال انما خص المدعي بهذا الحكم من جهة ما هو اقوى شبهة
قال اذا اتفق ان يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي اقوى يكون القول
قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعي
مع يمينه مثل دعوى تلف الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة ولا
ولكن ان يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان
اليمين التي تسقط الدعوى او تثبتها هي اليمين بالله الذي لا اله الا هو واقاويل
فقهاء الامصار في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزيد عليها
ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية واما هل تغلظ بالمكان فانهم
اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وفي ذلك قدر مخصوص
وكذلك الشافعي واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه ثلاثة دراهم فصاعدا
وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة فلا خلاف انه
يحلف على المنبر فان كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احدهما حيث اتفق
من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال في الجامع
ولم يحدده وقال الشافعي يحلف في المدينة على المنبر وفي مكة بين الركن والمقام
وكذلك عنده في كل بلد يحلف على المنبر والنصاب عنده في كل بلد يحلف على
المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل
وفي الكثير وقال ابو حنيفة لا تغلظ الايمان بالمكان وسبب الخلاف هل التغليظ
الوارد في الحلف على منبر النبي عليه السلام يفهم وجوب الحلف على المنبر ام لا فمن قال
انه يفهم ذلك قال لانه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال
التغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يحلف الحالف على
المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري ان

458

رسول الله صلى الله عليه

العمل قالوا وهو عمل الخلفاء قال الشافعي ولم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو لم يكن
التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في المواضع المخصوصة لم تكن فائدة لا يجب اليمين في ذلك
الموضع قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ
لم تكن فائدة لا يجب اليمين في ذلك الموضع قالوا ومكان التغليظ الوارد في اليمين
بجزء مثل قوله عليه السلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة
وأوجب له النار يفهم منه وجوب الحلف باليمين وكذلك التغليظ الوارد في المكان
ويتعلق بالمكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك في الزمان لأنه قال في اللعان
لأنه يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما
القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد
وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد
في الأموال وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضى
باليمين مع الشاهد في شيء ويحيى الليثي من أصحاب مالك وسبب الخلاف في هذا الباب
بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت
وحديث جابر إلا أن الذي خرج مسلم حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخاري وأما مالك
فإنما اعتمد في ذلك مرسله عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى باليمين مع الشاهد لأن العمل عنده بالمراسيل واجب وأما السماع
المخالف لها فقوله تعالى فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من
الشهداء قالوا وهذا يقتضي الحصر والزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن
بالسنة الغير متواترة وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم
المزيد وأما من السنة فما خرجه البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال كان
بيني وبين رجل خصومة فاختصمنا إلى النبي عليه السلام فقال شاهداك
أو يمينه فقلت إذا يحلف ولا يبالي فقال النبي عليه السلام من حلف على يمين
يستحق بها مالا وهو فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه
السلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى

الله

